

Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

OTTO HAUS

von Dietikon ZH und Böttstein AG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

1901

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507218_0007

Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

OTTO HAUS

von Dietikon ZH und Böttstein AG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 27. Mai 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 58 der Reihe

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von R. Hauser, H. Nef und H. U. Walder

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1981

Druck: E. Lokay, D-6107 Reinheim

Dem Andenken an meinen Vater
und meiner lieben Mutter

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XVI
§ 1 Einleitung	1
I. Bedeutung des Streitgegenstands	1
II. Zielsetzung der vorliegenden Arbeit	2
III. Hinweise zum Vorgehen	3
Erstes Kapitel:	
Grundlagen	
§ 2 Allgemeine Grundlagen	5
I. Begriffliches	5
A. Die Bedeutung der Begriffe "Streit-" und "Urteilsgegenstand"	5
1. Der Begriff "Streitgegenstand"	5
2. Der Begriff "Urteilsgegenstand"	6
B. Zur gesetzlichen Terminologie	6
II. Abgrenzungen	7
A. Verhältnis Klage - Streitgegenstand	7
B. Verhältnis Streitgegenstand - Streit- objekt	8
§ 3 Die Lehrmeinungen und die bundesgerichtliche Praxis zum Streitgegenstand	9
I. Einleitendes	9
II. Die schweizerischen Lehrmeinungen	9
A. Bestimmung des Streitgegenstands nach dem materiellen Recht	9
1. Die Lehre Schwanders	9
2. Die Lehre Leuchs	10
B. Bestimmung des Streitgegenstands mittels Antrag und Sachverhalt (Klagegrund)	13
1. Die Lehre Kummers	13
2. Die Lehre Guldenerers	15

3. Die Lehre Habscheids	16
C. Bestimmung des Streitgegenstands nach der Identität des Antrags bzw. der geforderten Leistung	19
Die Lehre Walders	19
III. Die bundesgerichtliche Praxis	21
IV. Uebersicht über die neuesten deutschen Streitgegenstandstheorien	22
A. Neue materiellrechtlich orientierte Theorien	22
B. Ablehnung eines Einheitsbegriffs	26

Zweites Kapitel:

Der Streitgegenstand im Zivilprozess

§ 4	Rechtszuständigkeit zur Bestimmung des Streitgegenstands	28
I.	Problemstellung	28
II.	Die Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung	28
III.	Bestimmung des Streitgegenstands als verfahrensrechtliche Aufgabe	29
IV.	Bundesrechtliche Bestimmungen zum Streitgegenstand	30
A.	Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung	30
B.	Einwirkungen auf den Klageinhalt infolge der Letztinstanzlichkeit des Bundesgerichts	31
C.	Einwirkungen auf den Klageinhalt durch ungeschriebene bundesrechtliche Normen	33
1.	Allgemeines	33
2.	Ungeschriebene Verfahrensnormen mit Bezug auf den Klageinhalt im einzelnen	34
a)	Grundsatz der Rechtsverwirklichung	34
b)	Grundsatz der Ermöglichung jederzeitigen Rechtsschutzes	36
V.	Die Dispositionsmaxime und die Bestimmung des Streitgegenstands	39
A.	Allgemeines	39
B.	Die Bedeutung der Dispositionsmaxime für die Bestimmung des Streitgegenstands	39

1. Streitgegenstandsbestimmung durch den Kläger	39
2. Antragsgebundenheit des Richters	40
3. Zur Korrespondenz zwischen privatrechtlicher Verfügungsbefugnis und Disposition im Prozess	41
VI. Ergebnis	43
§ 5 Wesen und Funktion des Streitgegenstands	46
I. Das Wesen des prozessualen Anspruchs	46
A. Allgemeines	46
B. Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs	46
1. Zum publizistischen Anspruch gegen den Staat (Rechtsschutzanspruch)	46
2. Zur Identität von materiellem und prozessualem Anspruch	49
3. Ergebnis	51
II. Funktion des Streitgegenstands und die sich daraus ergebenden Folgerungen	51
A. Funktion des Streitgegenstands	51
B. Folgerungen aus der Individualisierungsfunktion des Streitgegenstands	52
1. Für das von der Streitgegenstandslehre erfasste "Thema" des Zivilprozesses	52
a) Uebersicht über die Lehrmeinungen	52
b) Das Streitthema des mit einem Sachurteil endenden Verfahrens	53
c) Das Streitthema des mit einem Prozessurteil endenden Verfahrens	54
d) Zusammenfassung und Ergebnis	57
2. Für die Festlegung des Streitgegenstands	59
III. Anhang: Die Prozesserledigung vor Individualisierung der Klage	60
§ 6 Die Individualisierungselemente der Klage und ihre Bedeutung für die Bestimmung des Streitgegenstands	63
I. Allgemeines	63

II.	Die einzelnen Individualisierungselemente und ihre Bedeutung für den Streitgegenstand	64
A.	Die Prozessparteien	64
B.	Der Antrag (Rechtsbegehren)	65
1.	Die Antrags Elemente	65
a)	Die Rechtsfolge	65
b)	Die Rechtsschutzform	67
2.	Die für die Festlegung des Streitgegenstands notwendige Bestimmtheit des Antrags	69
C.	Der Klagegrund	70
1.	Allgemeines	70
2.	Der für die Streitgegenstandslehre massgebende Begriff "Klagegrund"	70
3.	Funktion des Klagegrunds für die Fixierung des Streitgegenstands	74
§ 7	Der Streitgegenstand der Leistungsklage	81
I.	Einleitendes	81
II.	Bestimmung des Streitgegenstands nach dem materiellen Anspruch	81
A.	Der materielle Anspruch und seine Individualisierung	81
1.	Herkömmliche Auffassung	81
2.	Neue Abgrenzungsversuche	82
B.	Der materielle Anspruch im Vergleich mit dem prozessualen	83
C.	Der behauptete materielle Anspruch als Streitgegenstand ?	86
III.	Prozessuale Bestimmung des Streitgegenstands	88
A.	Der Antragsinhalt	88
B.	Der Klagegrund	89
1.	Allgemeines	89
2.	Die Abgrenzung des Klagegrunds	91
a)	Ablehnung einer "subjektiven" Abgrenzung	91
b)	Objektive Abgrenzung	92

aa)	Abgrenzung nach dem abstrakten Tatbestand des materiellen Anspruchs	92
bb)	Abgrenzung nach dem "histor- ischen Ereignis"	96
cc)	Abgrenzung nach dem "Lebens- sachverhalt"	97
dd)	"Strukturierte" Abgrenzung	100
§ 8	Der Streitgegenstand der Feststellungsklage	108
I.	Einleitendes	108
II.	Zur Frage der individualisierten Fest- stellungsbegehren	109
A.	Begehren auf Feststellung eines absoluten Rechts	109
B.	Begehren auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses	113
III.	Die Bestimmungselemente des Streit- gegenstands	116
A.	Der Antrag	116
B.	Der Klagegrund	117
1.	Bei der positiven Feststellungs- klage	117
2.	Bei der negativen Feststellungs- klage	120
§ 9	Der Streitgegenstand der Gestaltungsklage	124
I.	Allgemeines	124
II.	Die Ausgestaltung der Bestimmungselemente des Streitgegenstands	124
A.	Der Antrag	124
B.	Der Klagegrund	126
1.	Allgemeines	126
2.	Die These Jauernigs	127
3.	Die Ausgestaltung des Klagegrunds im einzelnen	130
§ 10	Zur Beschränkung des Streitgegenstands auf ein bestimmtes materielles Recht	134
I.	Zur Beschränkung durch gesetzliche Be- stimmungen	134
A.	Allgemeines	134

B. Die möglichen Beschränkungen im einzelnen	135
1. Beschränkte richterliche Kognitionsbefugnis in besondern Verfahren	135
2. Zur Beschränkung zufolge gesetzlicher Zuständigkeitsbestimmungen	136
a) Sachliche Zuständigkeit	136
b) Oertliche Zuständigkeit	138
II. Zur Beschränkung durch Parteidisposition	142
§ 11 Die Definition des Streitgegenstands	147
Drittes Kapitel:	
Der Streitgegenstand im Verfahrensverlauf	
Einleitendes	149
§ 12 Die Klageänderung	150
I. Allgemeines	150
II. Die Klageänderung im einzelnen	152
A. Aenderung der Rechtsfolge	152
B. Aenderung der Rechtsschutzform	154
C. Aenderung des Klagegrunds	154
§ 13 Die objektive Klagenhäufung (Anspruchshäufung)	159
I. Streitgegenstand und objektive Klagenhäufung	159
II. Die objektive Klagenhäufung im einzelnen	161
A. Mehrheit der Anträge	161
B. Mehrheit von Klagegründen	164
§ 14 Die objektiven Grenzen der Rechtshängigkeit	173
I. Streitgegenstand und Rechtshängigkeit	173
II. Identität der Rechtsfolge	175
III. Identität der Rechtsschutzform	176
A. Allgemeines	176
B. Verhältnis von Feststellungs- und Leistungsklage	177

1. Positive Feststellungs- und Leistungsklage	177
2. Negative Feststellungs- und Leistungsklage	179
C. Verhältnis von positiver zu negativer Feststellungsklage	180
IV. Identität des Klagegrunds	181
§ 15 Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft	185
I. Einleitendes	185
II. Bedeutung des Streitgegenstands für die Festlegung der objektiven Rechtskraftgrenzen	186
A. Der rechtskraftfähige Entscheidungsinhalt	186
B. Zur Frage der Identität von Streit- und Entscheidungsgegenstand	191
1. Grundsatz	192
2. Ausnahmen	195
a) Rechtskrafterstreckung bei Zuspreekung von Nichtbeantragtem	195
b) Rechtskraftbeschränkung bei Nichtbeurteilen eines Anspruchs und bei Unterschreiten der Parteienanträge	196
C. Zusammenfassung und Ergebnis	199
III. Die objektiven Rechtskraftgrenzen aufgrund der hier vertretenen Streitgegenstandsauffassung	200

Literaturverzeichnis

Die nachstehen angeführten Werke werden in der Arbeit in der Regel nur mit dem Autorennamen zitiert. Wo Unklarheiten entstehen könnten, ist unten die Zitierweise in Klammern angegeben.

Arens Peter, Streitgegenstand und Rechtskraft im aktienrechtlichen Anfechtungsverfahren, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht Bd. 6, Bielefeld 1960 (zit.: Arens, StG).

- Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, AcP 170 (1970), S. 392ff. (zit.: Arens, AcP).

- Zivilprozessrecht, München 1978 (zit.: Arens, ZPR).

Balmer Fritz, Erläuterungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht, in: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, Zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts, Basel 1969, S. 293ff. (= ZSR 88 (1969) II 293ff.).

Baumann Jürgen, Aenderung des Prozessgegenstandes im Zivil- und Strafprozess, ZJP 69, S. 356ff.

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 37.A., München 1979.

Baumgärtel Gottfried, Zur Lehre vom Streitgegenstand, JuS 1974, S. 69ff.

Bernhardt Wolfgang, Das Zivilprozessrecht, 3.A., Berlin 1968.

Bettermann Karl August, Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, Prozessrechtliche Abhandlungen Heft 16, Detmold-Frankfurt a.M.-Berlin 1949.

Binkert Leo, Die Klage- und Parteiänderung im aargauischen Zivilprozessrecht, Diss. Freiburg 1950.

Birchmeier W., Handbuch des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. 12. 1943, Zürich 1950.

Bischofberger Walter, Parteiwechsel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und des zürcherischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1973.

Blomeyer Arwed, Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand, Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin, Berlin und Frankfurt a.M. 1955, S. 51ff. (zit.: Blomeyer, Berliner FS).

- Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess, Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, München und Berlin 1957, S. 43ff. (zit.: Blomeyer, FS Lent).
- Zivilprozessrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963 (zit.: Blomeyer, ZPR).

Blomeyer Karl, Arrest und einstweilige Verfügung, ZZP 65, S. 52ff.

de Boor Hans Otto, Gerichtsschutz und Rechtssystem. Ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken, Leipzig 1941.

Böttcher Eduard, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess, Beiträge zum Zivilprozessrecht (Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg), München und Berlin 1949, S. 73ff. (zit.: Böttcher FS Rosenberg).

- Streitgegenstand und Rechtskraft unter besonderer Berücksichtigung der Wiederholung der Ehescheidungsklage, FamRZ 1957, S. 409ff. (zit.: Böttcher, FamRZ).

Brauer Helmuth, Mehrheit materiellrechtlicher Ansprüche des Leistungsklägers, NJW 1956, S. 1189f.

Brosset Georges, Abgeurteilte Sache, Schweizerische Juristische Kartothek, Ersatzkarte 601, Genf (zit.: Brosset, SJK 601).

- Rechtshängigkeit (Streithängigkeit), Schweizerische Juristische Kartothek, Ersatzkarte 602, Genf (zit.: Brosset, SJK 602).

Brox Hans, Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, JuS 1962, S. 121ff.

Bruns Rudolf, Zur Struktur des Prozesses, Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 237ff. (zit.: Bruns, FS Schmidt-Rimpler).

- Zivilprozessrecht, 2.A., München 1979 (zit.: Bruns, ZPR).

Bühler Walter, Das Ehescheidungsverfahren, ZSR 74 II 301a ff.

- Berner Kommentar, Bd. II: Das Familienrecht, 1. Abt.: Das Eherecht, 1. Teilbd., 2. Hälfte: Die Ehescheidung (Art. 137-144 ZGB), 3.A., Bern 1971.

Bülöw, Besprechung von Walther J. Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DNotZ 1957, 107ff.

Bürkli Werner, Rechtskraftprobleme in Eheprozessen, Diss. Zürich 1952.

Deschenaux/Castella, La nouvelle procédure civile friburgeoise, Fribourg 1960.

Donau H., Besprechung von Walther J. Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JR 1957, S. 39.

- Zur Diskussion über den Streitgegenstand im Zivilprozess, JR 1960, S. 204ff.

Eichenberger Kurt, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, in: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, Zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts, Basel 1969, S. 467ff. (= ZSR 88 (1969) II 467ff.).

Ekelöf Per Olof, Der Prozessgegenstand - ein Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz, ZZP 85, S. 145ff.

Erni Paul, Die Klageänderung im Luzerner Zivilprozessrecht, (ungedruckte) Diss. Zürich 1942.

Fritzsche Hans, Schuldbetreibung und Konkurs, 1. und 2. Halbbd., 2.A., Zürich 1967/1968.

Georgiades Apostolos, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät Bd. 5, München 1968.

Grunsky Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2.A., Bielefeld 1974.

Guhl Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 6.A. bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Zürich 1972.

Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979 (zit.: Guldener, ZPR).

- Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951 (zit.: Guldener, IZPR).
- Klage- und Anklageänderung im zürcherischen Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von H.F. Pfenninger, Zürich 1956, S. 77ff. (zit.: Guldener, Klageänderung).
- Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 80 (1961) II 1ff. (zit.: Guldener, ZSR).
- Ueber die Rechtskraft von Ehescheidungsurteilen, SJZ 46 (1950), S. 17ff. (zit.: Guldener, SJZ).

Haberthür B., Praxis zur Basler Zivilprozessordnung, Bd. 1 §§ 1 - 145, Basel 1964.

Habscheid Walther J., Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956 (zit. Habscheid, StG).

- Droit judiciaire privé suisse, Genf 1975 (zit.: Habscheid, droit judiciaire).
- Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht, SJZ 74 (1978), S. 201ff., S. 219ff. (zit.: Habscheid, SJZ).
- Besprechung von Bruno Rimmelpacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, ZZP 84, S. 360ff. (zit.: Habscheid, ZZP).

- Bestimmen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime den Streitgegenstand ?, FamRZ 1971, S. 297ff. (zit.: Habscheid, FamRZ).
- Die Lehre vom Streitgegenstand - Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand. Eine Besprechung der gleichnamigen Schrift von Dieter Hesselberger, ZVglRWiss. 75 (1976), S. 210ff. (zit.: Habscheid, ZVglRWiss.).
- Hägi Ernst, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im schweizerischen und im deutschen Zivilprozessrecht, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht Bd. 7, Zürich 1975.
- Helg Robert, Die Rechtshängigkeit und ihre Wirkungen im thurgauischen Zivilprozess, Diss. Bern 1960.
- Hellwig Konrad, Anspruch und Klagerecht, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1924, Aalen 1967.
- Henckel Wolfram, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Neue Folge, 8. Abhandlung, Heidelberg 1961 (zit. Henckel, Parteilehre).
- Prozessrecht und materielles Recht, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 78, Göttingen 1970 (zit. Henckel, Prozessrecht).
- Hess Lothar, Die Klageänderung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1957.
- Hesselberger Dieter, Die Lehre vom Streitgegenstand. Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand, Erlanger Juristische Abhandlungen Bd. 6, Köln-Berlin-Bonn-München 1970.
- Hinderling Hans, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 3.A., Zürich 1967.
- Supplement, Zürich 1973.
- Hochuli Willy, Die Begründung der Klage. Ein Beitrag zur zivilprozessualen Dogmatik, Diss. Zürich 1942.
- Holzhammer Richard, Oesterreichisches Zivilprozessrecht, 2.A., Wien-New York 1976.
- Jauernig Othmar, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Recht und Staat Bd. 339/340, Tübingen 1967 (zit.: Jauernig, StG).
- Zivilprozessrecht, 18.A., München 1977 (zit.: Jauernig, ZPR).
- Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt a.M. 1958 (zit.: Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil).
- Jonas M., Gedanken zur Prozessreform. Verhandlungs- und Offizialmaxime, DR (Ausgabe A) 1941, S. 1697ff.
- Keller Max, Lehrbuch des Eherechts, Bern 1973.
- Keller/Pfisterer, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Aargau, Aarau 1947.

- Kion Hans-Jürgen, Eventualverhältnisse im Zivilprozess, Schriften zum Prozessrecht Bd. 24, Berlin 1971.
- Kölz Alfred, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht Bd. 4, Zürich 1973.
- Kummer Max, Berner Kommentar, Bd. I, 1. Abt.: Kommentar zu Art. 8 ZGB, 3.A., Bern 1966.
- Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht Heft 311, Bern 1954 (zit.: Kummer, Klagerecht).
 - Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 3.A., Bern 1978 (zit.: Kummer, Prozessrecht).
 - Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1964, ZBJV 102 (1966), S. 10ff.
- Lanz Paul, Die "Einrede" der abgeurteilten Sache, ZSR 63 223ff.
- Lent Friedrich, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess, Bd. I und II, Leipzig 1912/1916.
- Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess, Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht 1939/40, S. 206ff.
 - Zur Lehre vom Streitgegenstand, ZZP 65, S. 315ff.
 - Besprechung von Karl Heinz Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, ZZP 67, S. 393ff.
 - Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, ZZP 72, S. 63ff.
- Leuch G., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3.A., Bern 1956.
- Klageänderung, Art. 94 ZPO, ZBJV 55 (1919), S. 193ff.
- Loosli Peter, Die unbezifferte Forderungsklage, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Heft 24, Zürich 1978.
- Lüke Gerhard, Zum Streitgegenstand im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess, JZ 1960, S. 203ff.
- Zum zivilprozessualen Klagensystem, JuS 1969, S. 301ff.
- Lutz Oskar, Gesetz über die Zivilrechtspflege für den Kanton St. Gallen, Kommentar, 2.A., St. Gallen 1967.
- Meier Isaak, Iura novit curia, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht Bd. 16, Zürich 1975.
- Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Abt.: Das Eigentum, 1. Teilbd.: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen (Art. 641-654 ZGB), 4.A., Bern 1966.
- Mes Peter, Der Rechtsschutzanspruch, Prozessrechtliche Abhandlungen Heft 28, Köln-Berlin-Bonn-München 1970.

- Meyer Hans Rudolf, Die Klageänderung nach solothurnischem Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1956.
- Mühl, Die Bedeutung des Sachverhalts für den Begriff des Streitgegenstandes bei Leistungsklagen in der Rechtsprechung, NJW 1954, S. 1665ff.
- Nikisch Arthur, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, Tübingen 1935 (zit.: Nikisch, StG).
- Zivilprozessrecht, Tübingen 1950 (zit.: Nikisch, ZPR).
 - Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess, AcP 154 (1955), S. 269ff.
 - Besprechung von Walther J. Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, AcP 156 (1957), S. 71ff.
- Oftinger Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 4.A., Zürich 1975.
- Piguet Olivier, L'exception de chose jugée spécialement en procédure civile vaudoise, Diss. Lausanne 1956.
- Poudret/Wurzbürger, Code de procédure civile vaudois, Lausanne 1970.
- Probst Peter, Die Einrede der res iudicata im schweizerischen und deutschen Ehescheidungsprozess, Diss. Zürich 1971.
- Rimmelspacher Bruno, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 79, Göttingen 1970 (zit.: Rimmelspacher, mat. Anspruch).
- Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 59, Göttingen 1966 (zit.: Rimmelspacher, Amtsprüfung).
- Rödig Jürgen, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Berlin-Heidelberg-New York 1973.
- Rosenberg Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9.A., München und Berlin 1961.
- Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 12.A., München 1977.
- Schaad Peter, Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, Zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts, Basel 1969, S. 21ff. (= ZSR 88 (1969) II 21ff.).
- Schabad Michael, Rechtsschutzanspruch und Urteil, Diss. Zürich 1916.
- Schauwecker Hans, Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und zürcherischen internationalen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1943.

Schneider Egon, Streitgegenstandstheorien und Relations-
technik, JZ 1958, S. 345ff.

- Der Streitgegenstand im Zivilprozess, MDR 1968, S. 290ff.

Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar, Bd. V: Obligationen-
recht, Teilbd. 1 a (Allgemeine Einleitung, Art. 1-17 OR),
3.A., Zürich 1973.

Schönke/Kuchinke, Zivilprozessrecht, 9.A., Karlsruhe 1969.

Schlosser Peter, Gestaltungsclagen und Gestaltungsurteile,
Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels-
und Prozessrecht Bd. 39, Bielefeld 1966.

Schubert Werner, Klageantrag und Streitgegenstand bei Unter-
lassungsklagen, ZZP 85, S. 29ff.

Schwab Karl Heinz, Der Streitgegenstand im Zivilprozess,
München und Berlin 1954 (zit.: Schwab, StG).

- Der Streitgegenstand im Eheprozess, ZZP 65, S. 103ff.

- Besprechung von Walther J. Habscheid, Der Streit-
gegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der
freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 71, S. 155ff.

- Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess,
JuS 1965, S. 81ff.

- Zur Wiederbelebung des Rechtsschutzanspruchs, ZZP 81,
S. 412ff.

- Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozessrechts-
wissenschaft, JuS 1976, S. 69ff.

Schwander Vital, "Iura novit curia" und das Verhältnis dieses
Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruchs, Festgabe
für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 199ff.

Schwartz Paul, Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die
Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das
Bundeszivilrecht, in: Referate und Mitteilungen des
Schweizerischen Juristenvereins, Zur Vereinheitlichung
des Zivilprozessrechts, Basel 1969, S. 243ff. (= ZSR 88
(1969) II 243ff.).

Stark Emil W., Berner Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht,
3. Abt., 1. Teilbd.: Der Besitz (Art. 919-941 ZGB),
3.A., Bern 1976.

Stein/Jonas/Pohle, Kommentar zur Zivilprozessordnung (fort-
geführt seit 1967 von Grunskv, Leipold, Münzberg,
Schlosser, Schumann), 19.A., Tübingen 1972.

Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozess-
ordnung, Schiedsgerichte und Schiedsgutachten von
Felix Wiget, Zürich 1976.

- Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 10.A., München 1978.
- Thorens Justin, L'objet du litige dans le procès civil, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, No. 24, Genève 1968, S. 33ff. (zit.: Thorens, l'objet du litige).
- La cause de la demande en justice et le principe "jura novit curia" en droit comparé (France, Allemagne, Suisse), Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève No. 27, Genève 1969, S. 185ff. (zit.: Thorens, la cause).
- Troller Alois, Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, Basel 1945.
- von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3.A. auf Grund der Ausgabe von Alfred Siegwart, Zürich 1974.
- von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3.A. auf Grund der Ausgabe von Alfred Siegwart, Zürich 1974/1979.
- Voyame Joseph, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR 80 (1961) II 67ff.
- Walder-Bohner Hans Ulrich, Der neue Zürcher Zivilprozess. Ein Handbuch, 2.A., Zürich 1979 (zit.: Walder, Handbuch).
- Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966 (zit.: Walder, Anspruchsprüfung).
- Weber Hans Rudolf, Die Rechtshängigkeit und ihre Wirkungen im bündnerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1959.
- Wunderlich Urs M., Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime der solothurnischen Zivilprozessordnung vom 11. September 1966, Diss. Zürich 1968.
- Würthwein Martin, Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozess, Schriften zum Prozessrecht Bd. 52, Berlin 1977.
- Yoshimura Tokushige, Streitgegenstand und Verfahrensmaximen, ZZP 83, S. 245ff.
- Zeiss Walter, Zivilprozessrecht, 3.A., Tübingen 1978.
- Zeuner Albrecht, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen 1959.
- Zöllner Richard, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 11.A., München 1974.

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
aDZPO	alte Deutsche Zivilprozessordnung (in der bis 30. Juni 1977 geltenden Fassung)
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung (Lausanne)
BGH	Bundesgerichtshof
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eid- genossenschaft vom 29. Mai 1874.
BZPO	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DR	Deutsches Recht (Ausgabe A) (Berlin-Leipzig-Wien)
DZPO	Deutsche Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
f.	und folgende (Singular)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Bielefeld)
ff.	und folgende (Plural)
h.L.	herrschende Lehre
i.e.S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere

JbAKDR	Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht (Berlin und München)
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung (München/Berlin)
JZ	(deutsche) Juristenzeitung (Tübingen)
Komm.	Kommentar
lit.	litera
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Köln/Hamburg)
m.E.	meines Erachtens
N	Note
nDZPO	neue Deutsche Zivilprozessordnung (in der seit 1. Juli 1977 geltenden Fassung)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Berlin/ Frankfurt a.M.)
Nr.	Nummer
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechts- pflege vom 16. Dezember 1943
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911/18. Dezember 1936.
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge
ZVglRWiss.	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Berlin)

§ 1 Einleitung

I. Bedeutung des Streitgegenstands

Jedes Prozessverfahren bedarf eines bestimmten Rahmens, in dem sich die einzelnen Prozesshandlungen abspielen und der sie zu einem sinnvollen Ganzen zusammenfügt. Im Zivilprozess wird dieser Rahmen durch das Gericht, die Parteien und den Streitgegenstand gebildet (1).

Die Bedeutung des Streitgegenstands als Bezugspunkt für Prozesshandlungen und prozessrechtliche Institute erstreckt sich über den gesamten Prozessverlauf. Von ihm hängt es ab, welcher Rechtsweg zu beschreiten ist: Ein zivilrechtlicher Gegenstand ist grundsätzlich von den Zivilgerichten zu beurteilen, ein öffentlich-rechtlicher auf dem Verwaltungsrechtsweg (2). Mit seinem Wert und seiner Art ist die funktionelle, sachliche und örtliche Zuständigkeit verknüpft (3). Bedeutsam ist der Streitgegenstand aber auch für die Frage nach der Zulässigkeit der Widerklage. Denn nur wenn die Widerklage einen andern Gegenstand betrifft, ist sie zulässig. Andernfalls fiel die Entscheidung über die Klage mit der Entscheidung über die Widerklage zusammen (4).

Besondere Bedeutung erlangt der Streitgegenstand für die Klageänderung, die objektive Klagenhäufung, die Rechtshängigkeit und die materielle Rechtskraft. Eine Klageänderung liegt nur bei einer Aenderung des Streitgegenstands vor (5). Die objektive Klagenhäufung setzt dagegen eine Mehrheit von Streitgegen-

1) Lent, ZZP 65, 315.

2) Vgl. dazu Guldener, ZPR 30ff.

3) Vgl. dazu § 8.

4) Habscheid, StG 16.

5) Hinten § 12.

ständen voraus (6). Die Einrede der Rechtshängigkeit greift nur ein, wenn während eines Prozesses ein zweites Verfahren mit dem gleichen Gegenstand angestrengt wird (7). Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft werden weitgehend durch den Gegenstand des Verfahrens bestimmt, da der Ausschluss eines zweiten Prozesses nur gerechtfertigt ist, wenn über den identischen Gegenstand bereits rechtskräftig entschieden ist (8).

II. Zielsetzung der vorliegenden Arbeit

Trotz der grossen theoretischen und praktischen Bedeutung des Streitgegenstands fehlt für das schweizerische Recht eine umfassende monographische Darstellung (9). Ziel dieser Arbeit ist es daher, zu diesem Gebiet einen Beitrag zu leisten und in kritischer Würdigung der bisher vertretenen Auffassungen einen für den schweizerischen Rechtsbereich gültigen Streitgegenstandsbegriff zu finden. Die Komplexität des Themas gebietet allerdings Bescheidenheit. So kann es nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, den Streitgegenstandsbegriff zu finden. Ein solches Unterfangen müsste zum vorneherein zum Scheitern verurteilt sein. Dies beweist schon ein Blick auf die kaum mehr überschaubare deutsche Literatur (10), die sich seit

6) Vgl. dazu hinten § 13.

7) Hinten § 14.

8) Hinten § 15.

9) Die einlässlichste Behandlung dieses Problemkreises findet sich bei Kummer, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht (1954).

10) Zu diesem Thema existieren allein schon die Habilitationsschriften von Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess (1954); Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (1956); Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess (1961); Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht (1968); Rimmelspacher, Materiell-rechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess (1970).

Jahrzehnten mit diesem Zentralbegriff des Zivilprozessrechts beschäftigt, ohne zu einer einheitlichen Auffassung gelangt zu sein. Die vorliegende Arbeit hat ihr Ziel bereits dann erreicht, wenn es ihr gelingt, **e i n e n** tauglichen Lösungsvorschlag aufzuzeigen und die sich daraus ergebenden Konsequenzen darzulegen.

III. Hinweise zum Vorgehen

Die vorliegende Arbeit ist in drei Teile gegliedert. In einem ersten Kapitel werden die Grundlagen aufgezeigt, auf denen diese Arbeit aufbaut. Dabei scheint es angezeigt, die in der Schweiz vertretenen Lehrmeinungen und die Auffassung des Bundesgerichts kurz darzustellen. Dieses Vorgehen erhellt, dass auch für das schweizerische Recht die unterschiedlichsten Ansichten vertreten werden. Es erlaubt aber auch, im dritten Kapitel, wo es um die Prüfung des gefundenen Streitgegenstandsbegriffs auf seine Tauglichkeit für die Ausgestaltung der eigentlichen "Bewährungspunkte" jeder Streitgegenstandslehre (11) geht, auf die einzelnen Autoren hinzuweisen, die vielfach mit unterschiedlicher Begründung zu denselben Ergebnissen gelangen, ohne ihre Eigenständigkeit zu verwischen. Der Vollständigkeit halber wird sodann eine summarische Darstellung der neuesten deutschen Auffassungen zu diesem Gebiet beigelegt, die bislang in der Schweiz keinen Niederschlag gefunden haben.

Das zweite Kapitel dient der Entwicklung einer Streitgegenstandstheorie, wobei besonderes Ge-

11) Es sind dies die Klageänderung, die objektive Klagenhäufung, die Rechtshängigkeit und die materielle Rechtskraft.

wicht auf die Darlegung der in diesem Gebiet bestehenden Verzahnung von Bundesrecht und kantonalem Prozessrecht gelegt wird.

Im dritten Kapitel wird, wie angedeutet, der gefundene Streitgegenstandsbegriff auf seine Verwendbarkeit im Verfahrensverlauf geprüft.

ERSTES KAPITEL

Grundlagen

§ 2 Allgemeine Grundlagen

I. Begriffliches

A. Die Bedeutung der Begriffe "Streit-" und "Urteilsgegenstand"

1. Der Begriff "Streitgegenstand"

Mit dem Begriff "Streitgegenstand"

(Verfahrensgegenstand, Prozessgegenstand (1), prozessualer Anspruch (2) (3)) bezeichnet die Zivilprozessrechtslehre in allgemeiner Form den Gegenstand eines Rechtsstreits, den Inhalt einer (zivilrechtlichen) Klage (4).

-
- 1) Guldener, ZPR 148 Anm. 1; Lent bevorzugte ursprünglich diese Bezeichnung, weil durch die neutralere Fassung auch dem Umstand Rechnung getragen werde, dass im Prozess nicht immer "gestritten" werde, wie z.B. das Versäumnisverfahren oder die Klageanerkennung zeige. Vgl. Lent, Gesetzeskonkurrenz II 8f.; später verwendet auch Lent fast ausschliesslich "Streitgegenstand" (vgl. JbAKDR 1939/40, 207ff.; ZJP 65, 315ff.). - Vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch Guldener, ZPR 31/32.
 - 2) Statt vieler: Thorens, la cause 190 Anm. 19, 196; Kölz 135; Schwab, StG 3; Nikisch, AcP 154, 269; Habscheid, StG 18/19; Baumann, ZJP 69, 359; Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III b (S. 23); Rosenberg/Schwab, § 96 I (S. 500); Thomas/Putzo, Einl. II 5 (S. 8). - Walder, Handbuch 7 Anm. 21 b, definiert den prozessualen Anspruch als "Recht auf Verurteilung des Prozessgegners aus einem bestimmten Lebensvorgang" und grenzt ihn vom Streitgegenstand ab (vgl. a.a.O. Anm. 21 d).
 - 3) Weniger häufig finden sich auch die Ausdrücke "Streitsache" (vgl. BGE 66 II 57; Lutz, Komm. ZPO N 1a zu Art. 191 (S.132)), "Streitprogramm" (Henckel, Parteilehre 273), "Streitthema" (Henckel, Parteilehre 293; vgl. auch Hess 8).
 - 4) Walder, Handbuch 7 Anm. 21 d; Kölz 134; Nikisch, StG 14; Lent, JbAKDR 1939/40, 207; Habscheid, StG 106; Jauernig, ZPR § 37 I (S. 120).

2. Der Begriff "Urteilsgegenstand"

Besonders in der deutschen Doktrin haben sich die Ausdrücke "Urteils-" bzw. "Entscheidungsgegenstand" zur Bezeichnung des (rechtskraftfähigen) Inhalts eines Entscheids eingebürgert (5). Dadurch soll verdeutlicht werden, dass der Verfahrensgegenstand nicht unbedingt gleich abgegrenzt werden muss wie der rechtskräftige Urteilsinhalt (6).

B. Zur gesetzlichen Terminologie

Eine einheitliche Terminologie zur Umschreibung des Klageinhalts findet sich in den Prozessgesetzen nicht. Nebst der Bezeichnung "Streitgegenstand" (7) finden sich die Begriffe "Anspruch" (8), "Streitsache" (9), "Streitverhältnis" (10) oder schlicht "Sache" (11). Dass damit sachlich dasselbe gemeint ist, zeigt ein Vergleich der verwendeten Ausdrücke innerhalb des nämlichen Rechtsinstituts. So ist die Einrede der Rechtshängigkeit begründet, wenn der gleiche "Streitgegenstand" (12), der gleiche "Anspruch" (13), die nämliche "Streitsache" (14) oder "Sache" (15) anderweitig rechtshängig gemacht wird.

-
- 5) Vgl. Lent, ZJP 72, 63ff.; Blomeyer, FS Lent 43ff.; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 VI 5 b (S. 1324); Balmer 425.
 - 6) Vgl. zu dieser Auffassung eingehend hinten § 15.
 - 7) Obwalden 38 Abs. 2, 51 Abs. 2 lit. e ZPO; Freiburg 129 ZPO; Solothurn 55 Abs. 2 lit. e ZPO; Entwurf Schwartz (= sog. Rahmengesetz) Art. 33 Abs. 1, 34 Abs. 1 und 3.
 - 8) Bund 22, 24, 26 BZPO; Zürich 61 ZPO; Bern 94 Abs. 1, 159 ZPO; Schwyz 56 ZPO; Obwalden 5 ZPO; Zug 61 Abs. 1, 63 Abs. 1 ZPO; Freiburg 132 Abs. 1 ZPO; Solothurn 6 ZPO; Basel-Stadt 16, 17 ZPO; St. Gallen 108 Abs. 1 ZPO; Aargau 112 ZPO; Waadt 76 ZPO ("action").
 - 9) Bern 192 ZPO; Zug 82 Ziff. 1 ZPO.
 - 10) Zürich 113 ZPO.
 - 11) Zürich 107 Ziff. 2 ZPO; Schwyz 96 Ziff. 2 ZPO.
 - 12) Obwalden 51 Abs. 2 lit. e ZPO; Solothurn 55 Abs. 2 lit. e ZPO.
 - 13) Bund 22 ZPO.
 - 14) Zug 82 Ziff. 1 ZPO; Thurgau 114 ZPO.
 - 15) Zürich 107 Ziff. 2 ZPO; Schwyz 96 Ziff. 2 ZPO.

Eine Legaldefinition dieser Begriffe fehlt ebenso wie in den ausländischen Zivilprozessordnungen (16).

II. Abgrenzungen

A. Verhältnis Klage - Streitgegenstand

Der Streitgegenstand ist der Inhalt der Klage, d.h. ihr Gegenstand, über den verhandelt und entschieden werden soll. "Klage" und "Streitgegenstand" lassen sich daher nur gleichsetzen, wenn man den mehrdeutigen Begriff "Klage" in diesem eingeschränkten Sinn verwendet (17).

Im übrigen sind aber beide Begriffe auseinanderzuhalten, da zur Festlegung der Identität der Klage, diese aufgefasst als Gesuch an das Gericht um Rechtsschutz (18), nebst dem Streitgegenstand auch die Prozessparteien heranzuziehen sind (19). Dies lässt sich auch so ausdrücken, dass gesagt wird, die Klage werde in objektiver Hinsicht durch den Streitgegenstand, in subjektiver Hinsicht durch die Parteien individualisiert (20)(21).

16) Vgl. Habscheid, droit judiciaire 240.

17) Zu den verschiedenen Sinngehalten vgl. Binkert 6f.; Hess 4; Nikisch, StG 9f.

18) Kummer, Prozessrecht 98; Guldener, ZPR 192; Nikisch, StG 1ff.

19) Vgl. Schwander 199 (Ziff. 2); Guldener, ZPR 198; Habscheid, droit judiciaire 241; Helg 43.

20) So Bischofberger 41/42.

21) Zum Verhältnis der subjektiven Grenzen der Klage zu den subjektiven Grenzen des Streitgegenstands hinten § 6 II B.

B. Verhältnis Streitgegenstand - Streitobjekt

In den Prozessgesetzen (22) wie auch in der Literatur (23) findet sich "Streitgegenstand" auch zur Bezeichnung des streitbefangenen Objekts (z.B. ein bestimmtes Bild). In diesem Sinne bestimmt etwa Zürich (24), der Friedensrichter könne anlässlich des Sühnverfahrens "den Streitgegenstand in Gegenwart der Parteien besichtigen."

Im Prozess wird jedoch um Rechte an Sachen, nicht aber um Sachen als solche gestritten (25), so dass beide Begriffe nur insofern miteinander verbunden sind, als das Streitobjekt, ähnlich dem Leistungsobjekt innerhalb des materiellen Anspruchs (26), als ein Individualisierungselement des Prozessgegenstands in Betracht kommt (27).

Soweit daher in den folgenden Ausführungen auf den "gegenständlichen" (28) Leistungsinhalt Bezug genommen wird, wird dafür "Streitobjekt" verwendet.

-
- 22) Zürich 43 Abs. 1, 49 Abs. 1, 96 Abs. 2, 107 Ziff. 3 ZPO; Schwyz 96 Ziff. 3 ZPO; Obwalden 54 lit. b ZPO; Solothurn 57 lit. c ZPO; Entwurf Schwartz Art. 30.
- 23) Walder, Handbuch 296; Guldener, ZPR 219 Anm. 29; Sträuli/Messmer, N 1 zu § 49; Weber 45.
- 24) § 96 Abs. 2 ZPO.
- 25) Kummer, Prozessrecht 108; vgl. auch Nikisch, StG 9ff.
- 26) Vgl. v. Tuhr/Peter 53, 58; Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht (Art. 1 - 17 OR), N 179 der Vorbem. vor Art. 1 ("Inhalt im engeren Sinne").
- 27) Thorens, l'objet du litige 37 Anm. 13; vgl. auch Keller/Pfisterer, N 11 zu § 16, die diesbezüglich von "mittelbarem" Streitgegenstand sprechen.
- 28) Dies ist in einem weitesten Sinn zu verstehen, da darunter auch nicht-körperliche "Gegenstände" wie Forderungen etc. fallen; vgl. Weber 46.

§ 3 Die Lehrmeinungen und die bundesgerichtliche Praxis zum Streitgegenstand

I. Einleitendes

Trotz der relativ bescheidenen Auseinandersetzung der schweizerischen Lehre mit dem Streitgegenstand findet sich eine bunte Palette unterschiedlicher Auffassungen. In weitgehender Uebereinstimmung mit der ausländischen Lehre (1) lassen sich dabei drei Grundauffassungen unterscheiden. Während ein Teil der Lehre und das Bundesgericht den Streitgegenstand in enger Anlehnung an das materielle Recht bestimmen, befürwortet ein anderer Teil eine Abgrenzung mittels Antrag und Sachverhalt (sog. "zweigliedrige" Streitgegenstandstheorie). Eine dritte Gruppe individualisiert den Streitgegenstand schliesslich allein mit Hilfe des (ausgelegten) Antrags (sog. "eingliedrige" Streitgegenstandstheorie). Innerhalb jeder dieser Grundauffassungen lassen sich jedoch, wie die folgende Darstellung zeigen wird, Differenzierungen erkennen.

II. Die schweizerischen Lehrmeinungen

A. Bestimmung des Streitgegenstands nach dem materiellen Recht

1. Die Lehre Schwanders (2)

Schwander vertritt einen eng am materi-

-
- 1) Vgl. zum deutschen Recht die Zusammenfassungen von Schwab, StG 7-71; ders., JuS 1965, 81ff.; ders., JuS 1976, 71ff.; Habscheid, StG 20-86; Hesselberger 135-254; zum französischen Recht Thorens, la cause 187ff.; Habscheid, Bemerkungen zur französischen Zivilprozessreform im Vergleich zum deutschen und österreichischen Zivilprozess, Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Wien) 1976, 1ff.; für Oesterreich Holzhammer 170ff.
- 2) Gleich Deschenaux/Castella 114 Anm. 2 (Klagenhäufung); Schauwecker 22/23, 94, unter Berücksichtigung der Rechtsschutzform (vgl. a.a.O. 92/93, 95f.); für das deutsche Recht weitgehend ähnlich Lent, ZZP 65, 315ff.

ellen Recht orientierten Streitgegenstandsbegriff. Seiner Auffassung gemäss ist der Streitgegenstand ein (behauptetes (3)) materielles (Anspruchs-)Recht (4). Entsprechend individualisiert er die Klage durch die Parteien, die Parteianträge und den Klagegrund, der in den Rechtsgrund ("d.h. die Norm oder das Rechtsinstitut, aus welchem die angebehrte Rechtsfolge unmittelbar abgeleitet wird"(5)) und den Sachverhalt ("d.h. die Tatsachen, aus welchen die Rechtsfolge entstanden sein soll"(6)) zerfällt.

Bei konsequenter Anwendung der von Schwander vertretenen Ansicht bedeutet dies (7): Eine Klageänderung liegt vor, wenn die Klage nachträglich mit einem andern (behaupteten) materiellen Anspruch begründet wird. Stützt der Kläger seine Klage auf zwei materielle Ansprüche, so liegt - prozessual betrachtet - eine objektive Klagenhäufung vor (8). Die Einrede der Rechtshängigkeit greift ein, wenn in einer zweiten Klage der gleiche materielle Anspruch behauptet wird. Im gleichen Umfang tritt die materielle Rechtskraft ein (9).

2. Die Lehre Leuchs

Soweit es um die Bestimmung des Streitgegenstands bei der Rechtshängigkeit und der materiellen Rechtskraft geht, grenzt auch Leuch den Verfahrensgegenstand weitgehend nach dem materiellen (Anspruchs-)Recht

3) "iura novit curia" 205 Anm. 14.

4) a.a.O. 199 (Ziff. 2), 204f. (Ziff. 7ff.), 210f. (Ziff. 15f.).

5) a.a.O. 199 (Ziff. 2).

6) a.a.O. 199/200 (Ziff. 2).

7) Zufolge anderer Fragestellung hat Schwander die Konsequenzen nicht im einzelnen dargestellt, so dass offen bleibt, ob er seine Theorie ausnahmslos angewandt wissen will. - Vgl. a.a.O. 206 (Ziff. 11): "Bei Durchführung dieser Grundsätze wird man sich aber im Geiste des modernen Prozessrechtes vor lebensfremdem Formalismus hüten."

8) a.a.O. 201 Anm. 6.

9) a.a.O. 218f (Ziff. 25).

ab. So greift die Einrede der Rechtshängigkeit bzw. der Rechtskraft nur ein, "wenn der gleiche Anspruch aus dem gleichen Entstehungsgrunde geltend gemacht wird." (10) (11) (12). Ausgeschlossen ist eine zweite Klage daher dann, wenn der Entstehungsgrund nur ergänzt wird, wobei Leuch z.B. das Vorbringen weiterer Formmängel bei einer Testamentsungültigkeitsklage oder das Geltendmachen anderer Willensmängel beim Zustandekommen eines Vertrags als blosser Ergänzung ansieht (13). Entsprechend ist auch eine zweite Ehescheidungsklage nicht zulässig, wenn ihr "wesentlich der gleiche Tatbestand zugrunde liegt" (14).

Zu einem andern (15) Streitgegenstandsbegriff gelangt Leuch bei der Klageänderung, die er ausdrücklich als Aenderung des Streitgegenstands bezeichnet (16). Diesfalls grenzt Leuch den Streitgegenstand nach rein prozessualen Kriterien ab und nimmt die Identität des Verfahrensgegenstands an, wenn Rechtsbegehren (17) und Klagegrund identisch sind (18). Unter dem Klagegrund ist dabei aber nicht die juristische causa (Rechtsgrund)

10) Komm. ZPO N 11 d zu Art. 192 (S. 213); vgl. auch N 4 zu Art. 160 (S. 177).

11) Leuch sagt zwar nirgends ausdrücklich, unter "Anspruch" sei der materielle Anspruch zu verstehen, seine Ausdrucksweise, seine Hinweise auf die ältere deutsche Literatur (vgl. Komm. ZPO N 11 d zu Art. 192 (S. 213)) und seine Beispiele lassen daran aber nicht zweifeln. Vgl. auch Leuch, Prozessleitung nach bern. Zivilprozessordnung, ZBJV 59, 571. - Dasselbe gilt auch für die objektive Klagenhäufung; vgl. Komm. ZPO N 2 zu Art. 159 (S. 173f.).

12) Im Gegensatz zu Schwander (vgl. a.a.O. 218 (Ziff. 25)) verzichtet Leuch zur Individualisierung auf die Rechtsnorm, so dass eine zweite Klage an der Rechtskraft scheitert, wenn nur die Rechtsnorm gewechselt wird (Komm. ZPO N 11 d zu Art. 192 (S. 213)).

13) Komm. ZPO N 11 d zu Art. 192 (S. 213/214).

14) Komm. ZPO N 11 d zu Art. 192 (S. 215).

15) Dies übersehen Thorens, la cause 196; Meier 28 Anm. 38.

16) Komm. ZPO N 1 zu Art. 94 (S. 128).

17) Leuch (Komm. ZPO N 2 zu Art. 94 (S. 129); ZBJV 55, 194) betont, Rechtsbegehren sei im Sinne von "Anspruch" aufzufassen. Aus dem Zweck seiner Ausführungen ergibt sich aber, dass darunter nicht der materielle Anspruch zu verstehen ist. Vielmehr geht es Leuch darum, den Zusammenhang von Rechtsbegehren und Klagegrund hervorzuheben, um der aufgrund des Wortlauts der bernischen ZPO möglichen Interpretation vorzubeugen, Klageänderung sei nur die Aenderung des Rechtsbegehrens. - Gegenteilig interpretiert Schwab, StG 196, die bernische ZPO.

18) Komm. ZPO N 2 zu Art. 94 (S. 129); ZBJV 55, 194, 197f.

oder der tatsächliche Entstehungsgrund eines bestimmten materiellen Rechts zu verstehen, "sondern der Lebensvorgang, der ganze Komplex von Tatsachen, der die Grundlage des geltend gemachten Anspruchs bildet; d.i. in allen Fällen, wo ein Ereignis dem Anspruch zugrunde liegt, dieses Ereignis, ..." (19) (20). Ein anderer Klagegrund ist dagegen dann anzunehmen, wenn "an Stelle des bisherigen bzw. neben denselben ein fremder Tatbestand gesetzt" wird, "welcher seinen eigenen Anspruch erzeugt, der sich mit dem aus dem ersten Tatbestand abgeleiteten Anspruch nicht berührt." (21).

Die Ansicht Leuchs führt daher zu einer Spaltung des Streitgegenstandsbegriffs, da für die Fragen der Rechtshängigkeit, der objektiven Klagenhäufung und der Rechtskraft auf den materiellen Anspruch Bezug genommen wird, nicht dagegen für die Abgrenzung des Klagegrunds (als Teil des Streitgegenstands) bei der Klageänderung. Nach dieser Theorie ist daher beispielsweise eine zweite Klage zulässig, mit der der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung von Fr. 3000.- gestützt auf bereicherungsrechtliche Anspruchsnormen (Art. 62ff. OR) fordert, wenn eine erste Klage, die auf vertraglicher Haftungsgrundlage beruhte, wegen Urteilsunfähigkeit des Beklagten abgewiesen worden ist (22). Hingegen müsste Leuch zufolge der Identität von Rechtsbegehren und Klagegrund ("Tatsachenkomplex") die Einheit des Streitgegenstands für die Frage der Klageänderung bejahen (23) und dem Kläger das nachträgliche Berufen auf bereicherungsrechtliche Normen innerhalb der nämlichen Klage gestatten.

19) Komm. ZPO N 4 zu Art. 94 (S. 129); vgl. auch ZBJV 55, 198.

20) Im gleichen Sinne Haberthür 456; Lutz, Komm. ZPO N 3 c zu Art. 175 (S. 117/118); Meyer 33f.; für das deutsche Recht wurde die Abgrenzung des Klagegrunds nach einem "historischen Ereignis" einlässlich von Nikisch, StG 133ff., begründet. Ihm folgen für das schweizerische Recht Hochuli 21ff., 113ff.; Erni 15, 18, 71, 77; Binkert 17, 22; vgl. auch Helg 42ff., 54.

21) Komm. ZPO N 4 zu Art. 94 (S. 129).

22) Komm. ZPO N 11 d zu Art. 192 (S. 214).

23) So ausdrücklich Nikisch, StG 136, der den Klagegrund grundsätzlich gleich abgrenzt (vgl. vorstehend Anm. 20).

B. Bestimmung des Streitgegenstands mittels
Antrag und Sachverhalt (Klagegrund)

1. Die Lehre Kummers

Streitgegenstand (24) bildet nach der Ansicht von Kummer "die Rechtsfolge (Recht, Rechtsverhältnis, Anspruch, Rechtszuständigkeit), deren Bestehen oder Nichtbestehen der Kläger behauptet" (25) (26). "Rechtsfolge" des Leistungsprozesses ist der einzelne (behauptete) materiellrechtliche Anspruch (27), bei der Gestaltungsklage das (behauptete) Gestaltungsrecht (28), bei der Feststellungsklage das (behauptete) Recht, das Rechtsverhältnis oder die Rechtszuständigkeit (29).

Bei der Leistungsklage decken sich die Ergebnisse Kummers weitgehend mit jenen der bisher dargestellten Theorien. Da aber Kummer, von einer prozessualen Betrachtung ausgehend, nur den Klagegrund nach den materiellen Ansprüchen ausrichtet, d.h. den Sachverhalt nach den (abstrakten) gesetzlichen Tatbeständen der materiellen Anspruchsnormen abgrenzt (30), auf die Anspruchsnormen zur Individualisierung aber verzichtet, scheitert - im Gegensatz zu Schwander, aber

24) Zu Unrecht nimmt Meier 33 Anm. 74 und 75, an, Kummer unterscheide zwischen Streit- und Urteilsgegenstand. Die Unrichtigkeit dieser Interpretation ergibt sich aus den Hinweisen Kummers (Prozessrecht 109, Klagerecht 9, 99 Anm. 1) auf die Bedeutung des Streitgegenstands für die Rechtshängigkeit und die materielle Rechtskraft. Auch das von Meier 33 Anm. 75 angeführte (missverständliche) Zitat beweist nichts anderes (vgl. Kummer, ZBJV 102, 11; hinten § 12 Anm. 3).

25) Prozessrecht 108.

26) Materiell gleich auch in Klagerecht 23, 111, wo der Streitgegenstand als "Rechtsbehauptung" definiert wird. "Rechtsfolge" ist nach Kummer der Oberbegriff für die unterschiedlichen "Rechtsbehauptungen" (Prozessrecht 99; vgl. auch Klagerecht 23, 66, 102).

27) Prozessrecht 99; Klagerecht 18.

28) Prozessrecht 103.

29) Klagerecht 46, 91; Prozessrecht 108.

30) Klagerecht 93.

in Uebereinstimmung mit Leuch (31) - eine zweite Klage auch dann an der Rechtskraftsperré, wenn lediglich andere Anspruchsnormen angerufen werden (32). Sodann nimmt Kummer eine objektive Klagenhäufung nur bei einer Mehrheit von Rechtsbegehren an (33), so dass bei einer gleichzeitigen Geltendmachung mehrerer materieller Ansprüche nicht in jedem Fall eine objektive Klagenhäufung gegeben ist.

Innerhalb der Feststellungsklagen unterscheidet Kummer zwischen "individualisierten" und "nicht individualisierten" Begehren. Während die nicht individualisierten Feststellungsklagen nach den gleichen Kriterien wie die Leistungsklagen abgegrenzt werden, sind die individualisierten Feststellungsklagen, wozu Kummer jene Klagen zählt, die "nicht einen Leistungs- oder nicht individualisierten Gestaltungsanspruch betreffen" (34), durch die Parteien und das Rechtsbegehren so bestimmt, dass zu ihrer Abgrenzung der Klagegrund (Sachverhalt) nichts beiträgt (35). So verhält es sich z.B. bei einer Eigentumsfeststellungsklage. Diesfalls ist der Kläger in einem zweiten Prozess mit allen vor dem für die Urteilsfällung massgebenden Zeitpunkt verwirklichten (behaupteten) Erwerbsgründen ausgeschlossen (36).

Aufgrund der Besonderheiten der (abstrakten) Tatbestände des materiellen Rechts ergeben sich namentlich bei den Gestaltungsanlagen nach der Ansicht Kummers Differenzierungen: Nimmt der abstrakte Tatbestand auf einen "bestehenden Dauerzustand" (37) bzw. einen "Zu-

31) Vgl. vorstehende Anm. 12.

32) Klagerecht 105.

33) Prozessrecht 151.

34) Klagerecht 71.

35) Klagerecht 72ff.

36) Vgl. Klagerecht 84.

37) Klagerecht 97.

standssachverhalt" (38) Bezug (z.B. Art. 142 ZGB), so ist nach Abweisung einer ersten Klage die Zulässigkeit einer zweiten zu verneinen, mit der Sachverhaltsteile geltend gemacht werden, die sich vor dem Urteil des ersten Prozesses zugetragen haben und zum gleichen Zustandssachverhalt gehören (39). Lassen sich dagegen mehrere "Lebensvorgänge" unabhängig voneinander unter dieselbe Gesetzesnorm subsumieren (z.B. verschiedene "entehrende Verbrechen" im Sinne von Art. 139 ZGB), so bleibt eine zweite Klage zulässig, die sich auf einen noch nicht vorgebrachten "Lebensvorgang" stützt (40).

2. Die Lehre Guldener's (41)

Prozessgegenstand im Zivilprozess sind nach der Lehre von Guldener behauptete (Privat-)Rechte oder privatrechtliche Rechtsverhältnisse (42) (43). Gleichwohl grenzt Guldener den Verfahrensgegenstand nicht nach den einzelnen (materiellen) Rechten ab, sondern überlässt die Bestimmung des Streitgegenstands dem kantonalen Prozessrecht (44).

Danach bestimmt sich die Identität des Streitgegenstands für die Fragen der Rechtshängigkeit, der Klageänderung und der objektiven Klagenhäufung nach der Identität von Rechtsbegehren und - für die nicht individualisierten Klagen - Klagegrund (45). Unter dem

38) Klagerecht 99.

39) Klagerecht 97f.; vgl. auch Prozessrecht 145, wonach bereits beurteilte Sachumstände u.U. in Verbindung mit neuen erheblich sind.

40) Klagerecht 99.

41) Gleich Sträuli/Messmer, N 8 zu § 61, N 4 zu § 191; Probst 31f. (für den Umfang der Rechtskraft bei Ehescheidungsurteilen); Loosli 32 (Klageänderung), 121 (Rechtshängigkeit).

42) ZPR 148 Anm. 1, 195.

43) Guldener verwendet die Begriffe "Prozessgegenstand" und "Streitgegenstand" nur ausnahmsweise (vgl. z.B. ZPO 148 Anm. 1, 197 Anm. 32, 362, 541) und spricht stattdessen allgemein von "Identität der Klage" (vgl. ZPR 197f., ZSR 80 II 18). - Zum Unterschied vorn § 2 II A.

44) ZSR 80 II 18/19.

45) ZPR 198ff., 202f.; Klageänderung 79f.; IZPR 174 Anm. 2; SJZ 46, 17/18.

Klagegrund versteht dabei Guldener einen bestimmten Lebensvorgang, dessen Einheit sich nach der Gleichheit des Rechtsverhältnisses und der Gleichheit des tatsächlichen Geschehens bestimmt (46).

Für die Bestimmung des objektiven Umfangs der materiellen Rechtskraft stellt Guldener dagegen auf die beurteilten materiellen Rechte ab (47), so dass bei den nicht individualisierten Klagen Streit- und Urteilsgegenstand nicht deckungsgleich sind.

Für die individualisierten Klagen, d.h. für Klagen, "die ein materiellrechtlich individualisiertes Recht zum Gegenstand haben" (48), bestimmt sich die Identität des Verfahrensgegenstands allein nach dem Rechtsbegehren bzw. nach dem (behaupteten) materiellen Recht (49). Für diese Klagen stimmen Streit- und Urteilsgegenstand überein.

Vergleicht man die Auffassung Guldeners mit den bis anhin aufgezeigten Theorien, so decken sich die Ergebnisse Guldeners und Kummers für die individualisierten Klagen. Bei den nicht individualisierten Klagen besteht hinsichtlich der Klageänderung eine weitgehende Uebereinstimmung mit Leuch. In bezug auf den Umfang der materiellen Rechtskraft gelangen hingegen Guldener und Schwander zu denselben Ergebnissen.

3. Die Lehre Habscheids (50)

Habscheid hat seine Streitgegenstands-

46) ZPR 201.

47) ZPR 203, in Abweichung zu seiner früheren Auffassung, wonach der Kläger mit einer neuen Klage ausgeschlossen war, die sich auf das gleiche Rechtsbegehren und den nämlichen Klagegrund stützte; vgl. noch in Klageänderung 81.

48) ZPR 198; vgl. auch Klageänderung 79 Anm. 1.

49) ZPR 198; Klageänderung 79; vgl. auch ZSR 80 II 18.

50) Im wesentlichen gleich Thomas/Putzo, Einl. II (S. 5ff.); Zeiss, § 44 (S. 115ff.), allerdings unter Anerkennung individualisierter Klagen (vgl. § 44 IV 2b (S. 119); Zöllner/Degenhart, Einl. IV (S. 3ff.), anders aber für individualisierte Klagen (vgl. Einl. IV 4c 2 (S. 5)).

theorie zuerst für den deutschen Zivilprozess entwickelt (51), dessen Grundstruktur hernach aber auch für den schweizerischen Rechtsbereich übernommen (52).

Habscheid definiert den rein prozessual aufgefassen Streitgegenstand als "die Rechtsbehauptung des Klägers, ihm sei in dem eingeschlagenen Verfahren die begehrte Rechtsfolge auf Grund eines bestimmten Lebenssachverhalts zuzusprechen." (53). Drei Elemente kennzeichnen daher Habscheids Streitgegenstandsbegriff: Die Rechts- bzw. Rechtsfolgebehauptung, die Verfahrensbehauptung und der Lebenssachverhalt.

Die Rechtsbehauptung (54) Habscheids ist im allgemeinen rein prozessualer Art, nur durch ihren Inhalt, nicht aber durch ein einzelnes materielles Recht bestimmt und umfasst daher grundsätzlich alle sich aufgrund der materiellen Rechtsordnung ergebenden gleichartigen Rechtsfolgen (55). Nur ausnahmsweise ist die Rechtsbehauptung zufolge gesetzlicher Vorschrift oder kraft Parteiwillens auf ein bestimmtes materielles Recht beschränkt (56).

Unter der Verfahrensbehauptung versteht Habscheid die klägerische Behauptung, "die beanspruchte Rechtsfolge müsse ihm in dem eingeschlagenen Verfahren zugesprochen werden." (57). Dadurch erweitert Habscheid

51) Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (1956); vgl. auch ders., Die Wiederholung der abgewiesenen Heimtrennungsklage, ein Beitrag zur Lehre von Rechtskraft und Präklusion im Eheprozess (Mannheim 1953).

52) Droit judiciaire privé suisse (1975), 239ff.; ders., Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht, SJZ 74, 201ff., 219ff.

53) StG 221/222; vgl. auch ders., droit judiciaire 247: "L'objet d'un litige se constitue par les conclusions du demandeur à l'obtention d'un jugement donné dans une procédure engagée sur un état de fait déterminé."

54) Die Rechtsbehauptung umfasst nach Habscheid sowohl die Rechtsfolge- als auch die Verfahrensbehauptung. Der Uebersichtlichkeit halber wird im folgenden die Verfahrensbehauptung ausgeklammert und gesondert dargestellt.

55) StG 142f, 157, 222.

56) Vgl. StG 151ff., 154ff., 167ff., 222.

57) StG 147; droit judiciaire 247: "... dans une procédure engagée..."

den Streitgegenstand um die prozessualen Voraussetzungen (z.B. Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, zutreffende Rechtsschutzform (58)) zur Gutheissung einer Klage.

Drittes, für alle Klagearten zur Festlegung des Streitprogramms notwendiges Element (59) stellt der den Klagegrund bildende "Lebenssachverhalt" dar (60). Diesen fasst Habscheid für "Dauerlebenssachverhalte" weit (61), wogegen er ihn für die Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens durch die Verkehrsanschauung bestimmt sein lässt (62). So liegt beispielsweise bei einer Ehescheidungsklage der Klagegrund im "Ehemartyrium", in der "Ehe in ihrem notleidenden Zustand" (63). Desgleichen gehören nach Habscheid die gesamten Käufer-Verkäufer - Beziehungen (Vertragsvorverhandlungen, Bestellung, Lieferung und Verbrauch der Kaufsache) zum nämlichen Klagegrund (64). Zwei Lebenssachverhalte sind hingegen, so lehrt Habscheid weiter, nach der Verkehrsauffassung bei einer Klage aus Wechsel und der diesem zugrunde liegenden Kausalgeschäft gegeben (65).

Die Ansicht Habscheids führt - verglichen mit

Dass Habscheid dieses Element auch für das schweizerische Recht übernimmt, zeigt auch seine Bemerkung über die sich aus dem Streitgegenstand abzuleitende Rechtskraft des Prozessurteils (SJZ 74, 204).

58) Vgl. StG 147f.; droit judiciaire 246f.; SJZ 74, 203/204.

59) Habscheid lehnt die Unterscheidung in sog. individualisierte und sog. nicht individualisierte Klagen ab (vgl. StG 205; droit judiciaire 246). - Unter Berufung auf Habscheid ebenso Thorens, l'objet du litige 41ff., 46. Zweifelhaft bleibt, ob sich Thorens auch für die Abgrenzung des Klagegrunds der Ansicht Habscheids anschliesst. Seine Ausführungen lassen dies offen (vgl. a.a.O. 39/40; la cause 197).

60) StG 208ff.; SJZ 74, 220; vgl. auch droit judiciaire 245, 246 ("l'ensemble des faits constitutifs de la demande"), 264, 291.

61) StG 215.

62) a.a.O.

63) StG 211. Die Ausführungen Habscheids beziehen sich allerdings noch auf das alte, inzwischen grundlegend geänderte deutsche Scheidungsrecht. Nicht ganz klar ist, inwieweit Habscheid für das schweizerische Recht eine entsprechende Anwendung befürwortet; vgl. droit judiciaire 243, 245, 251, 291.

64) StG 215, 286 (= Rechtsgeschäft des täglichen Lebens).

65) StG 215; droit judiciaire 250; SJZ 74, 220; vgl. auch ZVglRWiss.75, 217 Anm. 39.

mit den skizzierten Lehrmeinungen - zu einer erheblichen Erweiterung des Umfangs des Streitgegenstands. Dazu trägt nebst der Aufnahme der "Verfahrensbehauptung" in den Streitgegenstand vor allem die weite Fassung des Klagegrunds bei.

C. Bestimmung des Streitgegenstands nach der Identität des Antrags bzw. der geforderten "Leistung"

Die Lehre Walders (66)

Eine rein prozessuale Streitgegenstandstheorie vertritt auch Walder. Seiner Lehre nach bestimmt sich die Identität des Streitgegenstands allein nach der Identität der im Antrag begehrten Leistung (67). Die Gleichheit des Streitgegenstands bleibt demnach so lange gewahrt, als - nach dem materiellen Recht beurteilt (68) - die nämliche "Leistung" begehrt wird. Dem Klagegrund kommt damit nach dieser Auffassung keine

66) Die gleiche Auffassung vertreten für das schweizerische Recht Kölz 136; Meier 55f., für jene Kantone, deren Prozessgesetze keinen Hinweis auf eine "Zweigligkeit" (Rechtsbegehren und Klagegrund) enthalten (vgl. die Aufzählung dieser Kantone a.a.O. 56 Anm. 191); Hess 22ff., 87/88, unter Beschränkung auf den Kanton Zürich; vgl. auch Popper S., Wesen und Wirkungen der Rechtshängigkeit nach zürcherischem Zivilprozessrecht (Diss. ZH 1920), 49ff., 54, der eine Klageänderung nur bei Aenderung des Rechtsbegehrens annimmt. - Für das deutsche Recht stellen auf die Identität des Rechtsbegehrens ab: Bötticher, FS Rosenberg 75ff. (für den - inzwischen allerdings revidierten - Eheprozess); ders., FamRZ 1957, 409ff.; Schwab, StG 183ff.; Rosenberg (seit der 6.A. seines Lehrbuchs (1954), vgl. jetzt Rosenberg/Schwab, § 96 (S. 500ff.); Schmidt A., gleichwertiges Parteivorbringen, JZ 56, 561; Schubert, ZJP 85, 29ff. (für die Unterlassungsklagen); für die Fragen der Rechtshängigkeit, der Klageänderung und der objektiven Klagenhäufung auch der Kommentar von Stein/Jonas (vgl. Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III 2 a (S. 26), Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 VI 5 (S. 1323f.)); BGH ZJP 75, 458.

67) Handbuch 271.

68) Handbuch 271; vgl. auch Hesselberger 193, bezüglich Schwab.

eigenständige Bedeutung mehr zu, sondern er dient nurmehr der Auslegung des Antrags (69).

Demgemäss ändert sich der Streitgegenstand z.B. dann nicht, wenn der Kläger seine vorerst auf einen Wechsel gestützte Klage nachträglich mit dem dem Wechsel zugrunde liegenden Kausalgeschäft begründet; diesfalls bleiben die Leistungen identisch (70). Vor allem bei auf Geldzahlungen gerichteten Klagen ist der Klagegrund aber zur Auslegung des Antrags heranzuziehen, da sich erst daraus ergibt, ob die geforderten Leistungen identisch sind oder nicht. Erstes ist z.B. bei einer "Konkurrenz" von Wechsel und Grundgeschäft der Fall, zweites, wenn der Kläger, vom Beklagten Fr. 5000.- fordernd, ohne Aenderung des Rechtsbegehrens die geforderte Summe vorerst aus einem Autohandel herleitet, nachträglich aber dazu übergeht, sie mit einer eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten zu begründen (71).

Diese Ansicht, die bei Identität des (ausgelegten) Rechtsbegehrens Identität des Streitgegenstands annimmt, fasst den Umfang des Streitgegenstands nochmals weiter. So liegt eine Klageänderung nur vor, wenn nicht mehr die identische Leistung gefordert wird (72), objektive Klagenhäufung ist die Geltendmachung mehrerer, nicht identischer Leistungen im selben Verfahren, wogegen die Einrede der Rechtshängigkeit bzw. der Rechtskraft gegeben ist, wenn in einem zweiten Prozess dieselbe Leistung gefordert wird, die bereits Gegenstand eines Verfahrens bildet oder gebildet hat (73).

69) Vgl. Handbuch 293 Anm. 13.

70) Handbuch 272 Anm. 17, vgl. aber auch a.a.O. 107 ("Konnexität").

71) Vgl. dazu auch Schwab, StG 183ff.

72) Handbuch 293 Anm. 13.

73) Handbuch 271, bez. der Rechtskraft von Scheidungsurteilen a.a.O. 284/285 Anm. 45. - Enger begrenzen den Rechtskraftumfang die deutschen Vertreter der "eingliedrigen" Streitgegenstandstheorie; vgl. Schwab, StG 148ff., 161, 167; Rosenberg/Schwab, § 156 II 1 (S. 879f.); mit Schwab sympathisierend (für das schweizerische Recht) Hess 26. Dazu hinten § 6 II C 3.

III. Die bundesgerichtliche Praxis (74)

Das Bundesgericht hat sich, seiner Kognitionsbefugnis im Rechtsmittelverfahren entsprechend, mit dem Streitgegenstand nur im Zusammenhang mit der Rechtshängigkeit (75) und der materiellen Rechtskraft (76) auseinandergesetzt.

In konstanter Praxis nimmt dabei das Bundesgericht Identität des Verfahrensgegenstands an, "wenn der geltend gemachte Anspruch demjenigen entspricht, der Gegenstand des vorangehenden Entscheides gebildet hatte, so dass sein Inhalt der gleiche ist und die Tatsachen und der Rechtsgrund, auf den er sich stützt, ebenfalls die gleichen sind" (77).

Dass unter dem geltend gemachten "Anspruch" der materielle Anspruch zu verstehen ist, zeigen nicht nur die vom Bundesgericht angeführten Individualisierungselemente (Inhalt, Tatsachen, Rechtsgrund), die sich mit jenen eines materiellen Anspruchs decken (78), sondern das Bundesgericht spricht an anderer Stelle selbst vom eingeklagten materiellen Anspruch (79). Entgegen anderer

-
- 74) Zustimmend Obergericht des Kantons Zürich (ZR 77 Nr. 7 (S. 9ff.)); Birchmeier 50, 585; Lanz, ZSR 63, 245-247; Brosset, SJK 601 III F 2 (Rechtskraft); ders., SJK 602 IV B 1 (Rechtshängigkeit); Bürkli 25f. (Rechtskraft von Ehescheidungsurteilen); Troller 21; Weber 93; Graven, *Le principe de la chose jugée et son application en procédure civile suisse*, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, vol. 18 (1964), 266f.; Habermühl 379, 388 (unter kantonalrechtlicher Verwirklichung aller aus dem gleichen Sachverhalt herzuleitenden identischen Rechtsfolgen); Piguet 64, 67 (Rechtskraft); Balmer 351 (Rechtshängigkeit).
- 75) BGE 98 II 150; 96 II 449; 85 II 80; 80 I 259.
- 76) BGE 105 II 149; 101 II 375; 98 II 27; 97 II 390; 95 II 639; 88 I 159; 87 I 61; 85 II 57; 83 II 263; 78 II 401; 75 II 288; 71 II 282; 66 II 55; 56 II 203; 34 II 623; 30 II 545.
- 77) Pr. 61 Nr. 120 (S. 372) (= BGE 98 II 27).
- 78) Vgl. dazu hinten § 7 II A 1.
- 79) BGE 87 I 68; vgl. auch BGE 98 II 155. Nicht zuzustimmen ist daher der Ansicht, das Bundesgericht bestimme den Streitgegenstand nach Antrag und Lebensvorgang (so Meier 29 Anm. 40, 46 Anm. 140; vgl. auch Walder, Handbuch 273), da dies zu einer prozessualen Theorie führen müsste. Zutreffend Guldener, ZPR 199 Anm. 41.

Ansicht (80) darf daraus aber nicht gefolgert werden, das Bundesgericht identifiziere den Streitgegenstand mit dem b e s t e h e n d e n materiellen Anspruch, anerkennt doch auch das Bundesgericht, dass es sich dabei nur um einen b e h a u p t e t e n Anspruch handelt (81).

In konsequenter Anwendung der vom Bundesgericht gegebenen Definition ist die Identität des Streitgegenstands daher immer dann (und nur dann) anzunehmen, wenn der gleiche (behauptete) materielle Anspruch erneut zur gerichtlichen Beurteilung gestellt wird (82) (83).

IV. Uebersicht über die neuesten deutschen Streitgegenstandstheorien.

A. Neue materiellrechtlich orientierte Theorien.

Als Reaktion auf die rein prozessualen, von jeder materiellrechtlichen Bindung absehenden Streitgegenstandstheorien von Bötticher, Schwab und Habscheid regte Nikisch (84) eine Wiederannäherung von prozessualen und materiellem Anspruch an. Dabei war indessen von vorneherein klar, dass dies, wollte man die durch die prozessualen Theorien gewonnenen Erkenntnisse und Ergebnisse nicht

80) Habscheid, StG 24 Anm. 22, 29 Anm. 53, 116.

81) Vgl. BGE 95 II 643. - Zur Bedeutung dieser Unterscheidung hinten § 7 B 1.

82) Bislang offengelassen hat das Bundesgericht die Frage nach sog. individualisierten Klagen. Vgl. BGE 97 II 396; vgl. auch Walder, Handbuch 275.

83) Zur Besonderheit der materiellen Rechtskraft von Scheidungsurteilen BGE 88 I 165; 85 II 59; 78 II 403; 71 II 202; hinten § 15 III (3).

84) AcP 154, 269, 282f.; für eine (Wieder-)Annäherung auch Bülow,

wieder aufgeben, nur durch eine Neufassung des materiellen Anspruchsbegriffs geschehen konnte (85).

Um eine Annäherung beider Anspruchsbegriffe hat sich zuerst H e n c k e l (86) bemüht. Henckel geht dabei davon aus, dass der materielle Anspruch verschiedene Funktionen zu erfüllen hat, die eine gesonderte Abgrenzung notwendig machen. So unterscheidet er - innerhalb des einheitlichen Anspruchs (87) - zwischen der Ordnungsfunktion, der Subsumtionsfunktion und der Eigenschaft des Anspruchs als wirtschaftlicher Wert (88). Die Bedeutung des materiellen Anspruchs als wirtschaftlichen Wert sieht er dabei in dessen Funktion als "Objekt des Rechtsverkehrs, als Gegenstand rechtsgeschäftlicher Verfügungen" (89), d.h. für die Abtretung, die Erfüllung und die Erfüllungssurrogate. Insofern richtet sich die Einheit oder Mehrheit der Ansprüche - und auch der Streitgegenstände (90) - danach, ob ein oder mehrere "Ansprüche" als Verfügungsobjekte vorliegen. Zur Abgrenzung des Anspruchs als Verfügungsobjekt stellt Henckel auf die Subjekte, den Anspruchsinhalt (Leistungsgegenstand und Leistungssumme) und den Anspruchsgrund ab (91). Den Anspruchsgrund fasst er als einen Ausschnitt aus einem Lebenssachverhalt auf (92). Dadurch gelangt Henckel zum Ergebnis, dass z.B. im Falle von vertraglicher und ausservertraglicher Anspruchskonkurrenz nur ein Verfügungsobjekt und damit auch nur ein Streitgegenstand vor-

Besprechung von W.J. Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DNotZ 1957, 107; vgl. auch Bruns, FS Schmidt-Rimpler 252/253.

85) Vgl. Nikisch, AcP 154, 283f.

86) Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess (1961).

87) Prozessrecht 126f.

88) Parteilehre 257ff.

89) Parteilehre 262.

90) Parteilehre 272ff., 277; Prozessrecht 126f.

91) Parteilehre 264.

92) Parteilehre 266f.

liegt (93), wogegen zufolge der Mehrheit der Verfügungsobjekte im Falle eines Wechsels und des diesbezüglichen Kausalgeschäfts eine Mehrheit von Streitgegenständen gegeben ist (94).

Ein anderes Vorgehen wählt G e o r g i a d e s (95). Er untersucht den materiellen Anspruch im Zusammenhang mit der materiellrechtlichen Anspruchskonkurrenz und kommt dabei zum Resultat, dass entgegen der herkömmlichen Ansicht der materielle Anspruch, dessen Bestehen im Prozess behauptet wird und der damit den Streitgegenstand bildet, nur nach den Subjekten und der Leistung zu individualisieren sei (96). Sind diese Elemente identisch, so nimmt Georgiades bei einer Mehrheit anwendbarer Rechtsnormen eine "Anspruchsnormenkonkurrenz" an (97).

Unter Neufassung des materiellen Anspruchsbegriffs gelangt daher Georgiades weitgehend zu den gleichen Ergebnissen wie die Vertreter der "eingliedrigen" Streitgegenstandstheorie (98).

H e s s e l b e r g e r (99) geht davon aus, dass der materielle Anspruch nebst den ihm von Henckel zugeschienenen Funktionen auch eine Funktion als "Leistungs-

93) Parteilchre 266; Prozessrecht 127.

94) Parteilchre 266/267.

95) Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht (1968). - Weitgehend übereinstimmend Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts (4.A. München 1977), § 14 IV (S. 222ff.); ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II (11.A. München 1977), § 75 VI (S. 607ff.).

96) a.a.O. 157ff., 160ff., 163ff.

97) a.a.O. 164ff., 167ff.

98) Vgl. dazu vorn § 3 II C. -Abweichungen ergeben sich für jene Fälle, bei denen Georgiades an einer (echten) "Anspruchskonkurrenz" festhält, wie z.B. bei einer Konkurrenz von Wechsel/Grundgeschäft (a.a.O. 236ff.), Herausgabeanspruch aus eigentumsrechtlichen Ansprüchen/Herausgabeansprüchen aus obligatorischen Rechten (a.a.O. 220ff.) Besitzschutz-/Besitzesrechtsansprüchen (a.a.O. 233ff.).

99) Die Lehre vom Streitgegenstand, Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand (1970). - Dazu (kritisch) Habscheid, ZVglRWiss. 1976, 210.

träger" hat (100). Kann daher eine Leistung nur einmal gefordert werden bzw. braucht sie nur einmal geleistet zu werden, so liegt auch nur ein materieller Anspruch vor. Da der so aufgefasste, im Prozess als bestehend behauptete Anspruch Gegenstand des Zivilprozesses ist, decken sich die Ergebnisse Hesselbergers mit jenen der "eingliedrigen" Streitgegenstandstheorie (101).

R i m m e l s p a c h e r (102) zerlegt den materiellen Anspruch in zwei Teile: in die Rechtsposition und in die Rechtsbehelfe (103). Unter der Rechtsposition versteht Rimmelspacher eine Rechtsstellung, die "dem Berechtigten ... eine Anwartschaft auf einen Wert, eine konkrete Erwerbsaussicht, verbunden mit der Befugnis, den empfangenen Wert zu behalten, zu gebrauchen und zu verwerten" gewährt (104). Entscheidendes Element der Rechtsposition ist daher der - normativ verstandene (105) - "Wert" (106). Zur Verwirklichung der Rechtsposition bedarf der Berechtigte Hilfsmittel, die Rimmelspacher als "Rechtsbehelfe" bezeichnet (107).

Streitgegenstand im Leistungsprozess bildet die Rechtsposition (108). Da die Rechtsposition zugleich Bezugspunkt für das Verfügungsobjekt ist (109) und Rimmelspacher diesbezüglich auf ähnliche Kriterien wie Henckel abstellt (110), gelangen beide mit unterschiedlicher Begründung zu weitgehend übereinstimmenden Resultaten.

100) a.a.O. 283ff.

101) a.a.O. 296. - Hesselberger übernimmt denn auch fast wörtlich die Streitgegenstandsdefinition von Schwab, StG 199.

102) Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess (1970). - Vgl. dazu auch Habscheid, ZZP 84, 360; Schwab, JuS 1976, 72.

103) a.a.O. 48ff., 103ff., 107ff., 168ff.

104) a.a.O. 103, ähnlich auch a.a.O. 168.

105) a.a.O. 104.

106) a.a.O. 104.

107) a.a.O. 107ff., 168ff.

108) a.a.O. 205.

109) a.a.O. 103, 72ff.

110) Vgl. a.a.O. 75f., 77, 205 Anm. 99; Henckel, Die Grenzen der Verjährungsunterbrechung, JZ 1962, 336.

B. Ablehnung eines Einheitsbegriffs

Während die ganz herrschende Meinung die einheitliche Abgrenzung des Streitgegenstands für alle "Bewährungspunkte" (Rechtshängigkeit, Klageänderung, objektive Klagenhäufung, materielle Rechtskraft) befürwortet (111), mehren sich in Deutschland die Stimmen, die einen Einheitsbegriff ablehnen und eine funktionsgerechte Abgrenzung des Streitgegenstands im Einzelfall fordern (112).

Diese Bestrebungen beruhen auf der Ansicht, dass es nicht gelingt, einen für alle "Prüfsteine" befriedigenden Einheitsbegriff zu finden.

-
- 111) Thorens, 1'objet du litige 46; Kölz 134; Böttcher, FS Rosenberg 92; ders., FamRZ 1957, 413; Nikisch, ZPR § 106 IV 3 (S. 420); ders., AcP 154, 286, 298; Schwab, StG 3, 73; Habscheid, StG 15f.; ders., ZVglRWiss. 1976, 211; Baumann, ZZP 69, 358; Henckel, Parteilehre 14, 292; ders., Prozessrecht 152; Lücke, JZ 1960, 203; Arens, StG 60; ders., ZPR Rn. 160 (S. 100); Georgiades 252ff.; Zöllner/Degenhart, § 322 Vorbem. 6 c (S. 500/501); Kion 156; Grunsky, § 5 I (S. 26), § 5 II 2 (S. 35).
- 112) Schneider, MDR 1968, 290; Rimmelspacher, mat. Anspruch 175; Ekelöf, ZZP 85, 146; Baumgärtel, JuS 1974, 69; im Ergebnis ebenso Leuch, Komm. ZPO N 2ff. zu Art. 94 (S. 128ff.), N 4 zu Art. 160 (S. 177), N 11 d zu Art. 192 (S. 213). In anderer Hinsicht auch Jauernig, StG 2f.. Für einen Teilbereich auch jene, die zwischen Streit- und Urteilsgegenstand unterscheiden. So Guldener, ZPR 203; Lent, JbAkDR 1939/40, 211; ders., ZPR 72, 91; Pohle, ZZP 64, 95; Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III (S. 23); Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 VI 5 (S. 1323f.); Brox, JuS 1962, 124; Blomeyer, FS Lent 44, 65ff.; ders. ZPR § 89 III 1 (S. 452).

Zweites Kapitel

ZWEITES KAPITEL

Der Streitgegenstand im Zivilprozess

§ 4 Rechtszuständigkeit zur Bestimmung des Streitgegenstands

I. Problemstellung

Bevor an den Aufbau einer Streitgegenstandstheorie herangegangen werden kann, ist zu prüfen, ob die Bestimmung des Streitgegenstands eine bundesrechtliche, eine kantonale rechtliche oder eine beiden Rechtsgebieten verhaftete Aufgabe ist. Denn vom Entscheid über diese Frage hängt in hohem Masse das weitere Vorgehen ab.

II. Die Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung

Die herrschende Lehre und das Bundesgericht vertreten die Ansicht, die Bestimmung des Streitgegenstands sei eine bundesrechtliche Aufgabe (1). Die Be-

1) Kummer, Klagerecht 20ff., 66; ders., ZBJV 102, 11; Thorens, l'objet du litige 36; ders., la cause 195; Brosset, SJK 601 III F 2 (Entscheidungsgegenstand); ders., SJK 602 IV B 1 (Streitgegenstand); Weber 93; Balmer 351; Sträuli/Messmer, N 7 zu § 107, N 4 zu § 191; Lutz, Komm. ZPO N 1 zu Art. 191 (S. 132); Voyame, ZSR 80 II 172, 174. Lutz und Voyame ausdrücklich nur zum Entscheidungsgegenstand. Ihre Ausführungen gelten aber, wie ihr Hinweis auf BGE 80 I 259 zeigt, auch für den Streitgegenstand. Für die individualisierten Klagen, soweit sie sich auf Bundesprivatrecht stützen, und den Entscheidungsgegenstand auch Guldener, ZSR 80 II 18, 19 Anm. 46; vgl. auch Piguet 62 Anm. 7. - BGE 34 II 626; 56 II 207; 67 II 72; 71 II 283; 95 II 642; 98 II 27; 105 II 151 (alle zum Entscheidungsgegenstand); BGE 80 I 261f.; 96 II 449; 98 II 158 (alle Entscheide zum Streitgegenstand).

gründungen sind allerdings uneinheitlich. Während Thorens (2) die Zuordnung zum Bundesrecht mit der Einheitlichkeit der Anwendung des materiellen Rechts begründet, folgert dies Kummer (3) aus der bundesrechtlichen Forderung nach Verwirklichung des Zivilrechts. Für das Bundesgericht und die ihm folgenden Autoren ergibt sich dies, weil sie als Streitgegenstand den (behaupteten) materiellen Anspruch ansehen. Alsdann folgt aus der bundesrechtlichen Kompetenz, die Identität bundesprivatrechtlicher Ansprüche festzulegen (4), mittelbar auch die Zuständigkeit zur Bestimmung des Streitgegenstands (5).

Eine Minderheit ist dagegen der Auffassung, die Identität des Streitgegenstands sei grundsätzlich vom kantonalen Prozessrecht zu bestimmen (6).

III. Bestimmung des Streitgegenstands als verfahrensrechtliche Aufgabe

Nach einhelliger Ansicht ist es Aufgabe des Verfahrensrechts, die Identität des Streitgegenstands festzulegen (7). Dies anerkennen auch jene Autoren, die

2) l'objet du litige 35f.

3) Klagerecht 62ff., 66.

4) Für die singulären Fälle des kantonalen materiellen Zivilrechts (vgl. dazu Liver, Berner Kommentar, Einleitungsband (Art. 1 - 10 ZGB), N 30ff. zu Art. 5) bestimmt demgemäss das kantonale (materielle) Recht die Identität.

5) Nicht zuzustimmen ist Meier 33, wonach sich dies als notwendige Folge der bundesgerichtlichen Auffassung zu den Rechtsinstituten der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft ergebe. Dass dies nicht zutrifft, zeigt sich schon daran, dass das Bundesgericht das Rechtsinstitut der Rechtshängigkeit grundsätzlich dem kantonalen Prozessrecht zuordnet. Vgl. BGE 98 II 158, 96 II 449.

6) Guldener, ZSR 80 II 18; Meier 35; Hess 87f.

7) Thorens, la cause 196; Habscheid, droit judiciaire 240; ders., StG 132; Meier 32; Schneider, JZ 1958, 345.

den Streitgegenstand nach dem materiellen (Anspruchs-)Recht ausrichten (8). Denn dabei geht es nur darum, eine prozessuale Frage mit Hilfe des materiellen Rechts zu lösen, indem der prozessuale Anspruch nach den gleichen Kriterien abgegrenzt wird wie der materielle (9).

Gemäss Art. 64 Abs. 3 BV steht daher die Kompetenz zur Bestimmung des Klageinhalts grundsätzlich den Kantonen zu. Aufgrund der besondern Gesetzgebungs-kompetenzen im schweizerischen Recht - Regelung des Zivilrechts durch den Bund, Zuständigkeit der Kantone zur Regelung des Zivilprozessrechts, eidgenössische Kompetenz zur Ordnung des bundesrechtlichen Rechts-mittelverfahrens - ergeben sich aber mannigfache bundesrechtliche Eingriffe in die primär kantonale Kompetenz (10).

Abzuklären ist daher, inwieweit das Bundesrecht in die Bestimmung des Klageinhalts eingreift, sei es durch ausdrückliche Bestimmungen, sei es durch ungeschriebene Normen oder Grundsätze.

IV. Bundesrechtliche Bestimmungen zum Streitgegenstand

A. Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung

Grundsätzlich denkbar wäre, dass der Bundesgesetzgeber den Kantonen vorschriebe, was als

8) Vgl. Henckel, Parteilehre 253ff., insbes. 256; Georgiades 239ff.; Hesselberger 255ff.

9) Vgl. zur Abgrenzung des Klagegrunds auch Kummer, Klagerecht 94; Jauernig, StG 47/48.

10) Dazu allgemein: Schurter/Fritzsche, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Bd.I, 235ff.; Guldener, ZPR 61ff.; Walder, Handbuch 21ff.; Voyame, ZSR 80 II 76ff.; Habscheid, droit judiciaire 14ff.

Streitgegenstand im kantonalen Prozessverfahren zu gelten hat (11). Eine solche Bestimmung, an die die Kantone auch bei Kompetenzwidrigkeit gebunden wären (12), hat der Bundesgesetzgeber aber nicht erlassen. Dies erscheint um so folgerichtiger, als auch bei der Regelung des Bundeszivilprozessrechts auf eine Legaldefinition verzichtet wurde, und der Streitgegenstand mit dem nicht näher bestimmten Begriff "Anspruch" umschrieben wird (13).

Trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung zum Verfahrensgegenstand finden sich zwei bundesrechtliche Normen, die die Umschreibung des Klageinhalts beeinflussen: Art. 63 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 3 OG.

B. Einwirkungen auf den Klageinhalt infolge der Letztinstanzlichkeit des Bundesgerichts

Unbestritten ist, dass durch die Regelung des Rechtsmittelverfahrens vor Bundesgericht (14) insoweit in das kantonale Prozessrecht eingegriffen werden darf, als es zur Sicherung einer richtigen Rechtsprechung notwendig erscheint (15). Dies wirkt sich nach dem geltenden Recht auf die Bestimmung des Klageinhalts in zweifacher Hinsicht aus:

1. Art. 63 Abs. 1 OG bestimmt: "Das Bundesgericht darf nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen." Indirekt wird damit ausgedrückt, dass das Bundesgericht

11) A.A. Schwab, StG 5.

12) Vgl. Walder, Handbuch 29; Voyame, ZSR 80 II 72; Eichenberger 484.

13) Art. 22, 24 Abs. 1, 24 Abs. 2 lit.b, 26 BZPO.

14) Art. 43ff. OG. Wegen des eng begrenzten Anwendungsbereichs der bundesrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 68ff. OG) dürfte sich die Streitgegenstandsproblematik in diesem Verfahren kaum aktualisieren.

15) Voyame, ZSR 80 II 82; Eichenberger 496/497.

hinter den Parteianträgen zurückbleiben und auch weniger zusprechen darf (16). Daraus folgt, dass auch die kantonalen Instanzen in (bundesrechtlich) berufungsfähigen Prozessen gehalten sind, den Klageinhalt entsprechend der bundesgerichtlichen Kognitionsbefugnis zu überprüfen. Andernfalls würde das Bundesgericht für einen Teilaspekt zur ersten Instanz; dies aber widerspräche seiner Aufgabe als Berufungsinstanz (17).

Alsdann sind die Kantone verpflichtet, den Klageinhalt so zu fassen, dass eine Klage auch auf ihre nur teilweise Gutheissung geprüft werden kann (18). Entsprechend gilt dies aber auch für alle Fälle, bei denen sich die Kognitionsbefugnis des Bundesgerichts auf einen im Antrag nur mittelbar enthaltenen Inhalt erstreckt (z.B. Prüfung einer Ehescheidungsklage unter dem Aspekt der Trennung (19), Prüfung einer Entmündigungsklage unter dem Gesichtspunkt einer Beiratschaft (20), Prüfung auf Minderung bei Begehren auf Wandelung (21)).

2. Gemäss Art. 63 Abs. 1 und 3 OG ist das Bundesgericht an die rechtliche Begründung der Parteianträge und an die Rechtsauffassung der Vorinstanz nicht gebunden, sondern es würdigt die Tatsachen frei. Nach fast einhelliger Lehre (22) und der Rechtsprechung des Bundesgerichts (23) sind diese Bestimmungen in einem "absoluten" Sinne auszulegen, d.h. das Bundes-

16) Meier 47/48.

17) Vgl. Schwander 215 (Ziff. 23); Guldener, ZPR 544f.

18) Die praktische Bedeutung für das kantonale Verfahren ist aber gering, da dies als "selbstverständlich" gilt (Sträuli/Messmer, N 9 zu § 54).

19) Vgl. Art. 146 ZGB; BGE 65 II 178f.

20) BGE 96 II 369ff.; Meier 48f.; vgl. auch ZR 73 Nr. 25 (S. 55ff.).

21) Art. 205 OR; Guldener, ZPR 152.

22) Meier 50 (mit weitem Hinweisen); Kummer, Klagerecht 104f.; a.A. Schwander 209 (Ziff. 13).

23) BGE 92 II 312; 91 II 63; 89 II 340.

gericht ist - innerhalb des klägerischen Antrags - hinsichtlich der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts keinerlei Beschränkung unterworfen.

Aufgrund des Aufbaus des bundesrechtlichen Rechtsmittelsystems und der bundesgerichtlichen Aufgabe, den vorinstanzlichen Entscheid auf seine Uebereinstimmung mit dem Bundesrecht zu überprüfen, folgt notwendigerweise, dass das gleiche Recht und die gleiche Pflicht in (bundesrechtlich) berufungsfähigen Prozessen auch dem kantonalen Richter zustehen muss, da sonst die Berufungsinstanz Fragen zu behandeln hätte, zu denen die Vorinstanz nicht hätte Stellung nehmen können (24).

Auf die Bedeutung dieser Bestimmung, die es verbietet, den Streitgegenstand nach dem einzelnen (behaupteten) materiellen Anspruchsrecht abzugrenzen, ist hinten (25) einlässlich einzugehen.

C. Einwirkungen auf den Klageinhalt durch ungeschriebene bundesrechtliche Normen

1. Allgemeines

Der Einfluss des Bundesrechts auf den Klageinhalt erschöpft sich nicht in den genannten Bestimmungen. Vielmehr wird er auch durch ungeschriebene bundesrechtliche Normen mitbestimmt.

Als bedeutendste Quelle ungeschriebener bundesrechtlicher Verfahrensnormen erscheint dabei das Bundeszivilrecht, zu dessen Verwirklichung gewisse Eingriffe in das (kantonale) Verfahrensrecht unumgänglich sind.

24) Kummer, Klagerecht 104f.; ders., Berner Kommentar, Einleitungsband (Art. 1-10 ZGB), N 11 zu Art. 8; Voyame, ZSR 80 II 108; Walder, Handbuch 220; Guldener, ZPR 155 Anm. 1 a; Meier 50; BGE 99 II 76, 95 II 252.

25) § 7 II C.

Ueber Umfang und Inhalt ungeschriebener bundesrechtlicher Verfahrensnormen, die sich aus dem Bundeszivilrecht ergeben, besteht keine volle Uebereinstimmung. Während Walder (26) und Meier (27) solche Normen nur insoweit annehmen, als andernfalls die Rechtsdurchsetzung bzw. Rechtsverwirklichung verunmöglicht würde, anerkennt Kummer (28) ungeschriebene bundesrechtliche Verfahrensnormen, wenn dies die Notwendigkeit der Rechtsverwirklichung, die Einheitlichkeit, die Folgerichtigkeit oder die Zweckmässigkeit der Rechtsanwendung erheischt.

Eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit diesen Lehrmeinungen braucht hier nicht vorgenommen zu werden, da sich die unterschiedlichen Auffassungen im hier behandelten Bereich nicht auswirken.

2. Ungeschriebene Verfahrensnormen mit Bezug auf den Klageinhalt im einzelnen

a) Grundsatz der Rechtsverwirklichung

Als bundesrechtlicher Grundsatz gilt, dass einem im Bundeszivilrecht statuierten subjektiven (Privat-)Recht Rechtsschutz zu gewähren ist (29). Auf den Streitgegenstand bezogen bedeutet dies, dass der Verfahrensgegenstand so zu fassen ist, dass jeder materielle Anspruch bzw. jedes subjektive Privatrecht zum Gegenstand einer Ueberprüfung durch eine recht-

26) Handbuch 30.

27) iura novit curia 15.

28) Klagerecht 6ff.; zustimmend Loosli 51ff.; für die Kompetenzabgrenzung aus der Sicht des Gesetzgebers ebenso Eichenberger 494.

29) Guldener, ZSR 80 II 24/25; Voyame, ZSR 80 II 69ff., 118; Kummer, Klagerecht 15ff., 66; Walder, Handbuch 30; Habscheid, droit judiciaire 15.

sprechende Behörde (30) gemacht werden kann.

Aus diesem Grunde lässt sich eine unumschränkte Anwendung der "eingliedrigen" Streitgegenstandstheorie, die die Identität des Streitgegenstands allein nach der Identität der Leistung bestimmt (31), nicht vertreten. Erwirkt z.B. ein Kläger gestützt auf eine vertragliche Forderung einen Arrest (Art. 271ff. SchKG), so kann er in einem nachfolgenden Arrestforderungsprozess (Art. 278 Abs. 2 SchKG) seine Klage nicht auch auf einen von einem Dritten erworbenen Schuldbrief über die nämliche Forderung stützen, da der Arrestforderungsprozess die Beurteilung des dem Arrest zugrunde liegenden Anspruchs bezweckt (32), die Arrestlegung aber voraussetzt, dass eine Forderung nicht pfandgedeckt ist (Art. 271 Abs. 1 SchKG). Alsdann kann der Kläger aber - trotz identischer Leistung - nicht gehindert sein, seine Forderung aus dem Schuldbrief in einem zweiten, parallel laufenden Verfahren beurteilen zu lassen (33). Grundsätzlich gleich verhielte es sich auch dann, wenn ein Kläger seine Forderung mit zwei zu verschiedenen Zeiten abgegebenen (schriftlichen) Schenkungsversprechen über dieselbe Schenkung begründet, er in einer gegen den Schenkgeber angehobenen Betreibung Rechtsöffnung aber nur für ein Schenkungsversprechen erhält. In einem allfälligen Aberkennungsprozess bildet dann nurmehr dieses eine Schenkungsversprechen Verfahrensgegenstand (34), so dass dem Beschenkten bei Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses nicht verwehrt sein kann, in einem andern Prozess Befriedigung aus dem zweiten Schenkungsversprechen zu suchen.

30) Das braucht nicht unbedingt ein Gericht zu sein; Guldener, ZSR 80 II 24.

31) Vgl. dazu vorn § 3 II C.

32) Fritzsche, SchKG II 237.

33) Ebenso BGE 98 II 150ff., für den Fall des Zusammentreffens von Arrestforderungs- und Aberkennungsprozess.

34) Vgl. Syz Alfred G., Aberkennungsklage und Aberkennungsprozess gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG (Diss. ZH 1971), S. 106.

Entgegen anderer Ansicht (35) lässt sich aus diesem Grundsatz aber nicht eine ausschliesslich bundesrechtliche Kompetenz zur Bestimmung des Streitgegenstands herleiten. Denn die Rechtsverwirklichung ist, von gewissen Ausnahmefällen abgesehen, durch alle aufgezeigten Streitgegenstandstheorien in gleicher Weise sichergestellt, mögen sie nun als Ausgangspunkt eine bundesrechtliche oder kantonale rechtliche Zuständigkeit annehmen.

b) Grundsatz der Ermöglichung des jederzeitigen Rechtsschutzes

Zur Verwirklichung des materiellen Rechts fordert sodann das Bundesrecht, dass fälligen Ansprüchen jederzeit Rechtsschutz zu gewähren ist (36) (37). Nicht angehen kann es daher, dem Kläger die Einklagung eines materiellen Rechts in einem bereits hängigen Verfahren zu verbieten, ihn aber gleichzeitig daran zu hindern, sein Recht in einem andern Prozess zu verfolgen (38).

Unter diesem Gesichtspunkt scheint es unumgänglich, Streit- und Urteilsgegenstand bei gleich-

-
- 35) Kummer, Klagerecht 20ff., 66. - Zuzustimmen ist Kummer insofern, als es zweifellos eine bundesrechtliche Aufgabe ist, darüber zu befinden, für welche (behauptete) Ansprüche und Rechte (= "Rechtsbehauptungen") Rechtsschutz zu gewähren ist und wie diese abzugrenzen sind. Dies betrifft aber nur die Kompetenz zur Bestimmung der bundesrechtlichen (Anspruchs-)Rechte.
- 36) Guldener, ZSR 80 II 404/405; Meier 58 Anm. 207; BGE 98 II 155, 86 II 45.
- 37) Anerkannt wird ein beschränkter zeitlicher Ausschluss für die Ehescheidungsklage. Vgl. BGE 96 II 438; Hinderling, Supplement 61 (zu Buch S. 181 Anm. 19); ablehnend Guldener, ZPR 569 Anm. 48. - Eine entsprechende Bestimmung kennt heute nurmehr der Kanton Genf (Art. 434 Abs. 3 ZPO).
- 38) Zutreffend Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III 1 a (S. 23): "Der Kläger sässe dann zwischen zwei Stühlen, durch prozessuale Fehlleistungen wäre ihm der Rechtsschutz versagt."

zeitiger Aufrechterhaltung der Eventualmaxime (39) weitgehend übereinstimmend zu bestimmen. Die gegen- teiligen Ansichten, die den Streitgegenstand weiter als den Urteilsgegenstand fassen, lassen sich mit diesem Grundsatz kaum in Einklang bringen. So nehmen etwa Schwab und der Kommentar von Stein/Jonas als Folge ihrer "eingliedrigen" Streitgegenstandsauf- fassung im Wechsel/Grundgeschäft - Beispiel nur einen Streitgegenstand an (40). Für den Umfang der materiellen Rechtskraft stellen sie jedoch darauf ab, ob die Tatsachenvorbringen zur Prüfung beider (materi- eller) Ansprüche ausgereicht haben. Nur bei Bejahen dieser Frage ist eine zweite Klage ausgeschlossen (41). Diese Ansicht führt aber dazu, dass dem Kläger ver- unmöglicht wird, während der Dauer des Erstprozesses, der sich möglicherweise wegen eines umfangreichen Beweisverfahrens erheblich in die Länge ziehen kann, seinen (behaupteten) Anspruch aus dem Kausalgeschäft geltend zu machen, wenn er im Behauptungsstadium seine Klage nur auf den Wechsel stützte und daher nur darüber zu befinden ist (42). Zu einer ähnlichen Lage führt die Auffassung Guldener's. Das erhellt folgendes Beispiel (43): A klagt gegen B auf Erfüllung eines Vertrags, den C im Namen des A abgeschlossen haben soll. Ergibt sich zu einem Zeitpunkt, in dem A zu- folge der Eventualmaxime gehindert ist, weitere Sachvorbringen vorzutragen, dass C den Vertrag möglicher- weise in eigenem Namen abgeschlossen hat und lässt

39) Wie sie in allen Prozessgesetzen vorgesehen ist. Guldener, ZPR 181ff.; Habscheid, droit judiciaire 325ff.

40) Schwab, StG 91; Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III 2 a (S. 26), vgl. aber auch Einl. E III 2 c (S. 28), wo dem Kläger eine entsprechende Beschränkungsbefugnis eingeräumt wird; ebenso Rosenberg/Schwab, § 101 III 1 c (S. 542).

41) Schwab, StG 172/173; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 VI 5 c (S. 1325); Rosenberg/Schwab, § 156 II 1 (S. 880).

42) Im Ergebnis ebenso Habscheid, StG 280; ders., droit judici- aire 250, der dem Kläger während der Dauer des Erstprozesses das Rechtsschutzbedürfnis für eine zweite Klage abspricht. Vgl. dazu und zu den Fragen der Sistierung und der "Einrede des begebenen Wechsels" hinten § 13 Anm. 45, § 14 I (nach Anm. 7).

43) Vgl. Guldener, ZPR 201 Anm. 46.

sich A diese (eventuelle) Forderung vorsorglicher-
weise abtreten, so ist ihm verwehrt, die abgetretene
Forderung während der Dauer des Erstprozesses ge-
richtlich beurteilen zu lassen. Im nämlichen Verfahren
verhindert dies die Eventualmaxime (44), ein zweites
Verfahren ist zufolge der Identität der Streitgegen-
stände (44a) ("Einrede der Rechtshängigkeit") ausge-
schlossen. - Ist die Klage aber wegen fehlender Aktiv-
legitimation rechtskräftig abgewiesen, hilft A ein
nach Guldener an sich zulässiger zweiter Prozess (44b)
namentlich dann nicht, wenn die Forderung inzwischen
verjährt ist (45).

Anders ist die Situation in Deutschland und
Oesterreich, da beide Prozessordnungen eine Ein-
teilung des Verfahrens in einzelne Verfahrensab-
schnitte nicht kennen und Tatsachenvorbringen grund-
sätzlich bis zum Schluss des Prozesses möglich sind (46).
Für diese Länder tritt diese Problematik daher auch
dann nicht in dieser Schärfe auf, wenn Streit- und
Urteilsgegenstand nach unterschiedlichen Kriterien
bestimmt werden.

44) Anders nur, wenn das Prozessrecht in diesem Fall Nova zu-
lässt. So z.B. Zürich 115 Ziff. 3 ZPO; vgl. Walder, Hand-
buch 214 (Beispiel 60).

44a) Guldener, ZPR 201 Anm. 46.

44b) Vgl. ZPR 292 Anm. 16 in Verbindung mit S. 377f.

45) Die Verjährung kann allerdings durch Anhebung einer Betreibung
unterbrochen werden (Art. 135 Ziff. 2 OR). Genommen ist dem
Kläger aber die Möglichkeit, die Verjährungsunterbrechung mittels
Klage (Art. 135 Ziff. 2 OR) herbeizuführen.

46) Vgl. für Deutschland: Arens, ZPR Rn. 188ff. (S. 122ff.);
Zeiss, § 34 (S. 76ff.); Bruns, ZPR Rn. 88 (S. 107ff.); für
Oesterreich: Holzhammer 134ff.

V. Die Dispositionsmaxime und die Bestimmung des Streitgegenstands

A. Allgemeines

Nach fast einhelliger Lehre (47), aber entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts (48), wurzelt der Verfügungsgrundsatz (Dispositionsmaxime) im Privatrecht. Wie die Parteien befugt sind, über ihre Rechte ausserhalb des Prozesses zu verfügen, so sind sie auch in einem Rechtsstreit berechtigt, über den Streitgegenstand zu disponieren. Damit erscheint der Verfügungsgrundsatz als das prozessuale Gegenstück der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis und letztlich als prozessuale Ausprägung der Privatautonomie (49).

Abzuklären ist, welche Bedeutung der nach der herrschenden Lehre bundesrechtlich verankerten Dispositionsmaxime für die Festlegung des Streitgegenstands zukommt.

B. Die Bedeutung der Dispositionsmaxime für die Bestimmung des Streitgegenstands

1. Streitgegenstandsbestimmung durch den Kläger

Als wichtigster Ausfluss des Verfügungsgrundsatzes ergibt sich die Befugnis des Klägers, den

47) Guldener, ZSR 80 II 40; Voyame, ZSR 80 II 136; Kummer, Prozessrecht 80; Walder, Handbuch 187; Meier 35; Frage offengelassen von Wunderlich 22ff.; den Grundsatz ablehnend Troller 76ff.

48) BGE 81 II 147; 71 II 206; 64 II 385; ebenso Sträuli/Messmer, N 6 zu § 54.

49) Habscheid, Die Rechtsnatur der Erledigung der Hauptsache, Festschrift für F. Lent (München und Berlin 1957), 158; Rimmelspacher, Amtsprüfung 24.

Streitgegenstand festzulegen (50). Das heisst freilich nicht, dass dadurch die Grenzen des Streitgegenstands in die Verfügungsmacht des Klägers gestellt sind. Vielmehr bestimmt der Kläger, innerhalb des nach objektiven Kriterien abgegrenzten Prozessgegenstands, welchen Streitgegenstand er dem Gericht zur Entscheidung unterbreiten will (51).

Dem Kläger überlassen bleibt auch, ob er überhaupt Klage erheben und damit einen Verfahrensgegenstand bestimmen will oder ob er auf eine Beurteilung bzw. Weiterverfolgung gänzlich oder teilweise verzichten will.

2. Antragsgebundenheit des Richters

Nach der Parömie "ne eat iudex ultra et extra petita partium" ist der Richter grundsätzlich (52) an die Parteianträge gebunden; er darf den Parteien weder mehr noch anderes zusprechen als von ihnen verlangt (53). Dies bedeutet, dass das Gericht in quantitativer Hinsicht (54) an die Anträge der Parteien gebunden ist und auch der Art nach (55) nichts anderes zusprechen darf. Hingegen lässt sich aus diesem Grundsatz nicht auch eine Gebundenheit des Richters an die Rechtsausführungen der Parteien ableiten (56). Darauf deutet schon die

50) Guldener, ZSR 80 II 41; Schaad 80; Kummer, Prozessrecht 81; Lent, ZJP 65, 316; Baumgärtel, JuS 1974, 70; Bruns, ZPR Rn. 83 (S. 100); Holzhammer 171.

51) Henckel, Parteilehre 273; ders., Prozessrecht 127.

52) Die Ausnahmen ergeben sich aus dem materiellen Recht. Vgl. dazu Wunderlich 25f.; Guldener, ZPR 149ff.

53) Statt aller: Walder, Handbuch 187; Guldener, ZPR 148.

54) Vgl. Poudret/Wurzbürger 9 (zu Art. 3); Thomas/Putzo, § 308 1a (S. 562).

55) Z.B. Statt Leistung A Leistung B. Lent, Gesetzeskonkurrenz II 23; Habscheid, droit judiciaire 318 ("autre chose").

56) A.A. Schwander 204 (Ziff. 6); Lent, Gesetzeskonkurrenz II 24.

gegenteilig lautende Bestimmung von Art. 63 OG hin (57). Voraussetzung der Anwendung eines vom Kläger nicht angerufenen Rechtsgrundes bildet lediglich, dass das Gericht ziffernmässig und der Art nach innerhalb des vom Kläger festgesetzten Antrags bleibt und den Parteien Gelegenheit gibt, sich dazu auszusprechen (58).

Aus der Antragsgebundenheit des Gerichts folgt letztlich auch die zentrale Bedeutung des Antrags zur Bestimmung des Streitgegenstands (59).

3. Zur Korrespondenz zwischen privatrechtlicher Verfügungsbefugnis und Disposition im Prozess

Verschiedentlich wird die Ansicht vertreten, die prozessuale Disposition sei in gleichem Umfang zu gewähren wie die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis. Soweit daher ausserhalb des Prozessverfahrens eine selbständige Verfügung über einzelne materielle Ansprüche möglich sei, sei deren Eigenständigkeit auch in einem Rechtsstreit anzuerkennen (60). Folgt man der herrschenden schweizerischen Lehre, so bedeutete dies, dass von Bundesrechts wegen gefordert wäre, den Streitgegenstand nach den einzelnen materiellen Anspruchsrechten (als Verfügungsobjekte) abzugrenzen (61). Dieser Auffassung ist jedoch nicht zuzustimmen. Denn wenngleich die Dispositionsmaxime ihre

57) Vgl. dazu vorn § 4 IV B 2.

58) Letztes folgt aus dem Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör; Schwander 209ff. (Ziff. 14ff.).

59) Hiezu hinten § 6 II B.

60) Henckel, Parteilehre 272; ders., Prozessrecht 126; Rimmelpacher, mat. Anspruch 214; Georgiades 269f.; Lent, ZZP 72, 76; Yoshimura, ZZP 83, 264; Schwander 204 (Ziff. 6); vgl. auch Grunsky, § 5 II 2 (S. 32).

61) Wegen der unterschiedlichen Auffassungen über die Verfügungsbefugnis über einzelne materiellrechtliche Ansprüche ergeben

innere Rechtfertigung aus der Privatautonomie erhält, so handelt es sich dabei doch um einen p r o - z e s s u a l e n Grundsatz (62), dessen Ausgestaltung im einzelnen vom Prozessrecht zu bestimmen ist. Vom Prozessrecht ist daher auch die Frage zu beantworten, ob bestimmte, miteinander in Zusammenhang stehende materielle Ansprüche einzeln eingeklagt werden können oder ob die Geltendmachung eines dieser Ansprüche notwendigerweise auch die Beurteilung des mit ihm verknüpften Anspruchs bedingt (63).

Dass bundesrechtlich eine Kongruenz zwischen privatrechtlicher Verfügung und prozessualer Disposition nicht gefordert ist, zeigt schon Art. 21 Abs. 2 BZPO, wonach die Veräusserung der im Streite liegenden Sache (Streitobjekt) oder die Abtretung eines (materiellen) Anspruchs während der Rechtshängigkeit die Sachlegitimation nicht beeinflusst (64). Insofern wird eine mögliche Diskrepanz zwischen der ausserprozessualen Verfügungsbefugnis und der Disposition im Prozess bewusst in Kauf genommen.

Allgemein ist denn auch anerkannt, dass die Disposition im Prozess aus öffentlichem Interesse, d.h. aus prozessualen Gründen, beschränkt sein kann (65).

sich zwischen dem deutschen und dem schweizerischen Recht allerdings teilweise unterschiedliche Ergebnisse. So lehnt z.B. die deutsche Doktrin - im Gegensatz zur schweizerischen (vgl. Çaga, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche (Diss. ZH 1939), 181; v. Tuhr/Peter 40; vgl. auch Georgiades 55) - eine getrennte Abtretung von vertraglichem und ausservertraglichem Anspruch bei einer "Anspruchskonkurrenz" allgemein ab (vgl. Larenz, Allg. Teil (zit. § 3 Anm. 95), § 14 IV (S. 227); Henckel, Parteilehre 267; ders., Prozessrecht 127; Georgiades 144/145; Arens, AcP 170, 411f.; a.A. Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt (Bonn und Köln 1934), 140; vgl. auch Blomeyer, ZPR § 89 III 4 (S. 456)).

(62) Loosli 76; Guldener, ZSR 80 II 40.

(63) Arens, AcP 170, 414; Georgiades 127; Blomeyer, FS Lent 72.

(64) Entsprechende Bestimmungen kennen auch verschiedene Kantone; Guldener, ZPR 289 Anm. 3.

(65) Vgl. z.B. Schwander 204 (Ziff. 6).

VI. Ergebnis

Die vorstehenden Erörterungen haben gezeigt, dass das Bundesrecht in vielfältiger Weise in die Bestimmung des Klageinhalts eingreift. Entgegen der herrschenden Lehre folgt daraus aber keineswegs eine ausschliessliche bundesrechtliche Zuständigkeit zur Festlegung des Streitgegenstands (66) (67). Der Prozessgegenstand ist vielmehr - wie Habscheid (68) treffend dargelegt hat - aus dem jeweiligen Prozesssystem in seiner Gesamtheit zu entwickeln. Zu berücksichtigen sind dabei nicht nur die dargestellten bundesrechtlichen Postulate, sondern insbesondere auch die andern tragenden Grundgedanken des Verfahrensrechts, die den Prozess beherrschenden Verfahrensmaximen und die den Streitgegenstand betreffenden gesetzlichen Bestimmungen. Wesentliche das Prozesssystem und den

66) Nur scheinbar anders verhält es sich dann, wenn man - wie das Bundesgericht und die ihm folgenden Autoren (vgl. vorn § 3 III) - den Prozessgegenstand nach den einzelnen materiellen Anspruchsrechten abgrenzt. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, sind die für jede Streitgegenstandstheorie massgebenden, nachstehend im Text skizzierten Überlegungen anzustellen. Erst wenn man gestützt darauf zu dem vom Bundesgericht vertretenen Resultat kommt, lässt sich - vom Ergebnis her (!) - argumentieren, der Streitgegenstand werde (ausschliesslich) vom Bundesrecht bestimmt, da die Abgrenzung des materiellen Anspruchs (und damit auch des nach gleichen Kriterien bestimmten Prozessgegenstands) eine bundesrechtliche Aufgabe sei. - Zu Unrecht beruft sich daher Thorens (l'objet du litige 35f.), der die Bedeutung des materiellen Anspruchs zur Festlegung des Streitgegenstands ausdrücklich ablehnt (vgl. l'objet du litige 38; la cause 200), auf das Bundesgericht.

67) Durch die Bestimmung des Streitgegenstands nicht berührt wird der bundesrechtliche Grundsatz der "Einheitlichkeit der Rechtsanwendung des materiellen Rechts", da dieser Grundsatz auf das einzelne materielle Anspruchsrecht bezogen und beschränkt ist (z.B. eine einheitliche Klagfrist zur Geltendmachung eines materiellen Anspruchsrechts fordert (vgl. Kummer, Klagerecht 6ff.)). Auch bei Annahme einer kantonalen Kompetenz zur Abgrenzung des Streitgegenstands ist dieser Grundsatz in gleichem Masse gewahrt. A.A. Thorens, l'objet du litige 35f.

68) StG 107f.; ders., ZVglRWiss. 1976, 221, 227/228.

Streitgegenstand bestimmende Bereiche sind aber gänzlich oder zumindest weitgehend der kantonalrechtlichen Regelung anheimgestellt: So ist es grundsätzlich (69) den Kantonen überlassen, darüber zu legiferieren, ob sie das Prozessverfahren nach dem Verhandlungs- oder dem Untersuchungsgrundsatz ausgestalten wollen (70). In ihre Kompetenz fällt aber ebenso die Regelung der Eventualmaxime (71) und der richterlichen Prozessleitung (Umfang der Fragepflicht etc.). Auf die Bedeutung dieser Verfahrensgrundsätze für die Festlegung der Grenzen des Streitgegenstands ist im einzelnen zurückzukommen. Ihren möglichen Einfluss zeigt aber schon - zumindest für einen Teilbereich - die These Jauernigs, einen einheitlichen Streitgegenstandsbegriff könne es deshalb nicht geben, weil der Verfahrensgegenstand davon abhängt, ob ein Prozess nach dem Verhandlungs- oder dem Untersuchungsgrundsatz durchzuführen sei (72).

Wenn daher die folgenden Ausführungen Geltung für alle schweizerischen Zivilprozessgesetze beanspruchen, so nicht deshalb, weil der Streitgegenstand ausschliesslich vom Bundesrecht bestimmt wird, sondern weil die Prozessgesetze, vielfach bedingt durch bundesrechtliche Einflüsse oder zufolge ihrer gemeinsamen Ausrichtung nach den gleichen ausländischen Zivilprozessordnungen (73), soweit es für die Bestimmung des Streitgegenstands erheblich ist, das gleiche System aufweisen.

69) Ausnahmsweise ist bundesrechtlich die Untersuchungsmaxime vorgeschrieben. Vgl. dazu Walder, Handbuch 201ff.

70) Guldener, ZSR 80 II 44; Voyame, ZSR 80 II 137; Kummer, Berner Kommentar, Einleitungsband (Art. 1 - 10 ZGB), N 12f., N 40 zu Art. 8; Walder, Handbuch 194.

71) Guldener, ZSR 80 II 56.

72) StG 6f. und durchwegs. Vgl. dazu hinten § 9 II B 2.

73) Vgl. hiezu Guldener, Ueber die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrechtes (Berlin 1966).

Zusammenfassend lässt sich daher die eingangs dieses Paragraphen gestellte Frage nach der Zuständigkeit zur Festlegung des Streitgegenstands dahin beantworten, dass sowohl das Bundesrecht als auch das kantonale Recht die Grenzen des Streitgegenstands bestimmen.

Damit ist zugleich das weitere Vorgehen vorgezeichnet. Zuerst gilt es zu prüfen, ob sich anhand der gesetzlichen Terminologie eine bestimmte Streitgegenstandsauffassung herauskristallisieren lässt. Ist diese Frage zu verneinen, so ist eine Konkretisierung aufgrund der Funktion des Verfahrensgegenstands zu suchen. Ergibt sich auch dadurch keine genügende Bestimmtheit des Prozessgegenstands, so sind die den Streitgegenstand individualisierenden Klageelemente zu finden, worauf für jede Klageart gesondert die Ausgestaltung dieser Individualisierungselemente festzulegen ist. Dabei gilt es, die vorstehend skizzierten bundesrechtlichen und kantonalen Postulate und Verfahrensgrundsätze in die Betrachtung miteinzubeziehen. Abschliessend ist dann der Streitgegenstand zu definieren.

§ 5 Wesen und Funktion des Streitgegenstands

I. Das Wesen des prozessualen Anspruchs

A. Allgemeines

Die Prozessordnungen verwenden zur Bezeichnung des Streitgegenstands überwiegend den Begriff "Anspruch" (1). Die Identität beider Begriffe zeigt die Bundeszivilprozessordnung, die ausdrücklich sagt, "Ansprüche" bilden den Streitgegenstand (2) (3).

B. Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs

1. Zum publizistischen Anspruch gegen den Staat (Rechtsschutzanspruch)

Bereits Wach (4) glaubte, im Rechtsschutzanspruch das Wesen des von der (deutschen) Zivilprozessordnung verwendeten Begriffs "Anspruch" gefunden zu haben; dies namentlich für jene Bestimmungen, die - in ihrer Tendenz auf eine Rechtsschutzhandlung gerichtet - den Gegenstand des Prozesses betreffen (5).

1) Vgl. vorn § 2 I B.

2) Art. 24 Abs. 2 lit. b BZPO; ebenso Obwalden 38 Abs. 1 ZPO.

3) In Übereinstimmung mit der praktisch einhelligen Lehre (vgl. vorn § 2 Anm. 2) werden daher hier beide Begriffe synonym verwendet. - Der Ausdruck "Anspruch der ZPO" wurde von Hellwig, Klagerecht 153ff., in die Zivilprozessrechtswissenschaft eingeführt.

4) Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Erster Band (1885).

5) Vgl. die Aufzählung dieser Bestimmungen bei Wach, a.a.O. 296. - Zur Konkordanz mit der heutigen (deutschen) Zivilprozessordnung Schwab, ZZP 81, 420 (§ 281 aDZPO = § 261 Abs. 2 nDZPO).

Unter dem Rechtsschutzanspruch verstand er dabei den Anspruch des Klägers - u.U. auch den des Beklagten - auf Gewährung "prozessualischen Rechtsschutzes" (6). Gerichtet ist der Rechtsschutzanspruch als publizistischer Anspruch gegen den Staat, der dem Kläger bei Vorliegen der materiellen und prozessualen Klagevoraussetzungen ein günstiges Urteil zu gewähren hat (7).

Durch die Identifizierung des Rechtsschutzanspruchs mit dem (unmittelbaren (8)) Streitgegenstand gelingt es, ein für alle Klagearten einheitliches System zu bilden. Denn wie immer auch der mittelbare Streitgegenstand aufgefasst wird (z.B. einzelner materieller Anspruch bei der Leistungsklage, Recht bzw. Rechtsverhältnis bei der Feststellungsklage (9)), entschieden wird nach den Vertretern des Rechtsschutzanspruchs stets über die Frage, ob dem Kläger (evt. dem Beklagten) Rechtsschutz im Sinne eines günstigen Urteils zu gewähren ist (10). Zwangslos lässt sich dabei auch von einem Anspruch auf Feststellung oder Gestaltung sprechen (11).

Es würde den Umfang dieser Arbeit sprengen, auf die Lehre vom Rechtsschutzanspruch im einzelnen einzugehen. Eine einlässliche Auseinandersetzung rechtfertigt sich aber auch um so weniger, als diese Theorie in der Schweiz praktisch keine Anerkennung gefunden hat (12).

6) Wach, a.a.O. 56; ebenso Schabad 5.

7) Vgl. Rosenberg, § 90 III; Blomeyer, ZPR § 1 III 2 b (S. 6); Stein/Jonas/Pohle, Einl. E I 3 a (S. 18); Mes 3.

8) Schabad 7, 14.

9) So Wach, a.a.O. 19, 296f.; Schabad 7.

10) Schabad 14. Folgerichtig definiert daher Pohle (Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III 1 b (S. 24)) als Vertreter des Rechtsschutzanspruchs den Streitgegenstand als "das vom Kläger beantragte Urteil".

11) Vgl. dazu Bruns, ZPR Rn. 138 (S. 183).

12) Dafür Schabad 5ff.; auch Troller 19ff., nimmt ein publizistisches Klagerecht an, unterscheidet dieses aber vom Streitgegenstand (vgl. a.a.O. 21, 24 Anm. 25) und sieht

So ist nicht nur die Annahme subjektiver öffentlicher (Anspruchs-)Rechte an sich bereits problematisch (13) (14), sondern auch der theoretische und praktische Wert dieser Lehre ist zweifelhaft (15) (16). Die praktische Bedeutungslosigkeit dieser Konstruktion zeigt sich mit aller Deutlichkeit daran, dass der Rechtsschutzanspruch dann, wenn er verletzt wird, d.h. bei einem in Rechtskraft erwachsenen "unrichtigen" Urteil, nicht durchsetzbar ist (17). Zu Recht stellt aber de Boor fest, dass ein Anspruch, der nicht durchsetzbar sei, ein Widersinn sei (18).

Zu verneinen ist aber auch der Wert dieser Lehre für die Bestimmung des Streitgegenstands. Zwar liesse sich damit das Wesen des prozessualen Anspruchs für alle Klagearten einheitlich fassen, doch für die inhaltliche Bestimmung des Streitgegenstands lässt sich daraus nichts herleiten. Denn die Lehre vom Rechtsschutzanspruch beantwortet lediglich die all-

darin nur die Kehrseite des materiellen Anspruchs (a.a.O. 24 Anm. 25); dagegen Guldener, ZPR 194; Kummer, Klagerecht 22f.; Habscheid, droit judiciaire 5; kritisch auch Walder, Handbuch 9/10 Anm. 33; vgl. auch BGE 67 II 74, wo der Rechtsschutzanspruch als "doktrinäre Ueberspannung" bezeichnet wird (anders noch BGE 54 II 134f.).

- 13) Guldener, ZPR 195; Habscheid, StG 100; vgl. auch Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (Nachdruck 1969), 883.
- 14) Habscheid (droit judiciaire 4ff.) und Walder (Handbuch 9/10 Anm. 33) nehmen - wie die h.L. in Deutschland (vgl. Mes 16 und die dort zit. Literatur) - einen "Justizgewährungsanspruch" an, der als Anspruch auf Rechtspflegetätigkeit schlechthin auch ein subjektives öffentliches Recht ist.
- 15) Rosenberg, § 90 IV 3 b; Nikisch, ZPR § 2 III (S. 7); Jauernig, ZPR § 36 II (S. 120); Schwab, ZZP 81, 416.
- 16) Mes sieht die Bedeutung des Rechtsschutzanspruchs darin, "dass der Richter verpflichtet sei, bei Entscheidung seines Falles durch Anwendung des richtigen materiellen Rechts nicht irgendeinen möglichen, sondern den richtigen Urteilsmassstab anzulegen." (a.a.O. 131/132). Um diese "Selbstverständlichkeit" (Mes 131f.) auszudrücken, bedarf es jedoch kaum dieser juristischen Konstruktion.
- 17) Habscheid, droit judiciaire 5; Schwab, ZZP 81, 416; Mes 101.
- 18) Rechtsstreit einschliesslich Zwangsvollstreckung, Ein Grundriss, Berlin 1940, 90; vgl. auch Guldener, ZPR 55 Anm. 22.

gemeine Frage nach der Berechtigung eines individualisierten Klagebegehrens zur Erlangung eines günstigen Urteils (19). Ausgeklammert bleibt hingegen die die Streitgegenstandslehre beherrschende Frage nach der Individualisierung des Klageinhalts. Damit aber trägt die Lehre vom Rechtsschutzanspruch zur Lösung des Streitgegenstandsproblems nichts bei (20).

Schliesslich widerspräche die Interpretation des prozessualen Anspruchs als "Rechtsschutzanspruch" auch den Prozessgesetzen, sprechen diese doch vom gegen den Beklagten gerichteten Anspruch (21).

Somit steht aber fest, dass der in den Zivilprozessgesetzen benutzte Begriff "Anspruch" zumindest in jenen Bestimmungen, die den Streitgegenstand betreffen, nicht als subjektiver öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen den Staat zu verstehen ist.

2. Zur Identität von materiellem und prozessualen Anspruch

Die Gesetzgeber der Zivilprozessgesetze sind wohl - ebenso wie jene der deutschen Zivilprozessordnung (22) - von der Identität zwischen materiellem und prozessualen Anspruch ausgegangen (23). Darauf weist nicht zuletzt das Fehlen einer Legaldefinition dieses Ausdrucks in den Zivilprozessgesetzen hin. Offenbar glaubte man, auf eine nähere Bestimmung deshalb verzichten zu können, weil der Begriff "Anspruch" als

19) Mes 128; vgl. auch Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III 1 c (S. 25).

20) Ebenso schon Nikisch, ZPR § 2 III (S. 7); Rosenberg, § 90 IV 3 a (S. 430); Habscheid, StG 31; Schwab, ZNP 81, 419ff.; vgl. auch Blomeyer, ZPR § 1 III 1 (S. 6 Anm. 5).

21) Bund 24 Abs. 1 BZPO; Zug 61 Abs. 1 ZPO; St. Gallen 108 ZPO; Aargau 112 ZPO; Waadt 76 ZPO; Entwurf Schwartz Art. 13; vgl. auch Zürich 58 Abs. 1 ZPO ("mehrere Rechtsbegehren gegen den Beklagten"); gleich Schwyz 54 Abs. 1 ZPO.

22) Eingehend dazu Nikisch, StG 40ff.; ders., AcP 154, 273f.

23) Vgl. Binkert 10 (für den Kanton Aargau).

- vom materiellen Recht her - bekannt vorausgesetzt werden durfte (24). Auf die Gleichsetzung beider Begriffe deuten aber auch die vorwiegend am materiellen Recht orientierten Streitgegenstandsauffassungen der schweizerischen Doktrin und die Ansicht des Bundesgerichts hin (25).

Unabhängig von der Meinung der Gesetzgeber lässt sich aber eine Gleichsetzung von materiellem und prozessualen Anspruch nicht bejahen, da der Anspruch der Zivilprozessordnungen unbestrittenermassen auch "Ansprüche" auf Feststellung und Gestaltung mitumfasst. Der Hauptanwendungsbereich der Feststellungsklage betrifft jedoch nicht die Feststellung materieller Ansprüche, sondern die Feststellung von Rechtsverhältnissen, Rechtszuständigkeiten und dinglichen Rechten (26) (27). Der Gestaltungs-klage liegen schliesslich überhaupt keine materiellen Ansprüche zugrunde (28), sondern es wird die Gestaltung einer bestimmten Rechtsbeziehung zwischen den Prozessparteien verlangt.

Zutreffend wird daher zwischen dem materiellen und dem prozessualen Anspruch unterschieden (29) (30).

24) Nikisch, StG 40/41.

25) Dazu vorn § 3 II und III.

26) Vgl. Kummer, Prozessrecht 101f.

27) Die Ansicht, mit der Feststellungsklage werde ein gegen den Prozessgegner gerichteter privatrechtlicher "Anspruch auf Anerkennung" des strittigen Rechtsverhältnisses geltend gemacht, ist längst überwunden. Vgl. Lent, Gesetzeskonkurrenz II 45; Nikisch, ZPR § 39 I 3 (S. 151); vgl. auch hinten § 5 II B 1 d (bei Anm. 62).

28) v. Tuhr/Peter 26.

29) Walder, Handbuch 7 Anm. 21 b; Binkert 10; Hellwig, Anspruch 156; Nikisch, StG 42; Blomeyer, ZPR § 40 II (S. 198/199); Rosenberg/Schwab, § 96 III 1 (S. 501); Bruns, ZPR Rn. 138 (S. 183).

30) Im folgenden wird "Anspruch", soweit nichts anderes vermerkt, stets im prozessualen Sinne verwendet.

3. Ergebnis

Mit der Verneinung der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Anspruchs-natur des prozessualen Anspruchs sind die Möglichkeiten erschöpft, ihn als einen Anspruch im herkömmlichen Sinn zu definieren. Der prozessuale Anspruch ist vielmehr in einem weiteren, zugleich aber auch unbestimmteren Sinn zu verstehen. Er bezeichnet das "Angesprochene", das "Begehrte" (31). Insoweit ist es zutreffend, vom prozessualen Anspruch als einem "Hilfsbegriff" (32), einem "technischen Grundbegriff" (33) zu sprechen, der zur Umschreibung des Klageinhalts verwendet wird, aus sich heraus aber einer näheren Konkretisierung nicht zugänglich ist.

II. Die Funktion des Streitgegenstands und die sich daraus ergebenden Folgerungen

A. Funktion des Streitgegenstands

Nach einhelliger Auffassung kommt dem Streitgegenstand die Aufgabe zu, das Thema des Zivilprozesses hinsichtlich seines Verfahrens- und Entscheidungsgegenstands zu fixieren und das Streitprogramm zu individualisieren (34) (35).

31) Vgl. Hellwig, Anspruch 156; Rimmelspacher, mat. Anspruch 204.

32) K. Blomeyer, ZZP 65, 58.

33) Habscheid, StG 106.

34) Rödiger 229; Rimmelspacher, Amtsprüfung 105; Bötticher, FamRZ 1957, 410; Bruns, FS Schmidt-Rimpler 256 Anm. 46; Henckel, Parteilehre 195.

35) Bei unterschiedlicher Fassung von Streit- und Urteilsgegenstand übernimmt der Urteilsgegenstand die Individualisierungsfunktion für die Frage des (rechtskraftfähigen) Urteilsinhalts.

Aufgrund dieser Individualisierungsfunktion des Prozessgegenstands ergeben sich nicht nur für den Bezugspunkt der Individualisierungselemente des Streitgegenstands, das "Thema" des Verfahrens im allgemeinen, sondern auch für den Zeitpunkt, an dem der Prozessgegenstand festgelegt sein muss, wichtige Konsequenzen.

B. Folgerungen aus der Individualisierungsfunktion des Streitgegenstands

1. Für das von der Streitgegenstandslehre erfasste "Thema" des Zivilprozesses

a) Uebersicht über die Lehrmeinungen

In der schweizerischen Literatur wird die Frage nach dem "Thema" des Zivilprozesses, auf das sich der Streitgegenstand bezieht, kaum gestellt (36). Vielmehr wird ungeprüft davon ausgegangen, der Streitgegenstand sei auf die "Hauptsache", den materiellen Inhalt der Klage bezogen (37). In der deutschen Doktrin sind die Ansichten geteilt. Während die Mehrheit der Autoren in Uebereinstimmung mit den schweizerischen Lehrmeinungen der Auffassung ist, für die Streitgegenstandsbetrachtung massgebend sei ausschliesslich der materielle Klageinhalt, allenfalls ergänzt durch die Rechtsschutzform (38), vertritt eine starke Minderheit die Meinung, zu dem

36) Vgl. jedoch Guldener, ZPR 197 Anm. 32; implizit auch Hab-scheid, droit judiciaire 247; ders., SJZ 74, 204.

37) Vgl. z.B. Kummer, Klagerecht 23.

38) Nikisch, AcP 156, 71ff.; Bötticher, FamRZ 1957, 409ff.; Schwab, ZZP 71, 156; Henckel, Parteilehre 194ff.; Rimmels-pacher, Amtsprüfung 105ff.; Grunsky, § 5 II 2 (S. 34f.); im Ergebnis ebenso Bernhardt, § 29 IV (S. 183); Zeiss, § 44 IV (S. 118f.).

vom Streitgegenstand erfassten Klageinhalt seien auch die zur Gutheissung der Klage notwendigen prozessualen Voraussetzungen (Zulässigkeitsvoraussetzungen, Prozessvoraussetzungen) zu zählen (39) (40).

b) Das Streitthema des mit einem Sachurteil endenden Verfahrens

Für das mit einem Sachurteil endende Verfahren, das die Prozessvoraussetzungen implizit beinhaltet, hat dieser Theorienstreit nur insofern praktische Bedeutung, als er sich auf die Rechtsschutzform bezieht. Nur durch die Erstreckung des Streitgegenstands auf die Rechtsschutzform, ein prozessuales Element (41), lässt sich erklären, weshalb eine Feststellungsklage keine Rechtshängigkeit für eine Leistungsklage bewirkt, die den nämlichen Anspruch zu ihrem Gegenstand hat (42). Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, braucht man aber weder einen eigenen "prozessualen" Streitgegenstand (43) noch eine im Streitgegenstand enthaltene "Verfahrensbehauptung" (44) anzunehmen, da sich dies bereits aus der Unterschiedlichkeit der Antragsinhalte herleiten lässt (45).

39) K. Blomeyer, ZZP 65, 60f.; A. Blomeyer, Berliner FS 56ff.; ders., ZPR § 40 III (S. 198ff.); Habscheid, StG 147ff.; Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III 1 b und c (S. 25); Zöllner/Degenhart, Einl. IV 4 b (S. 4).

40) Der Versuch, einen Einheitsbegriff für alle materiellen und prozessualen Klageerfolgsvoraussetzungen zu bilden, erinnert stark an die Lehre vom Rechtsschutzanspruch (vgl. vorn § 5 I B 1). Kaum Zufall ist es denn, dass viele Vertreter dieser Theorie Anhänger des Rechtsschutzanspruchs sind oder waren. So Blomeyer, ZPR § 1 III (S. 4ff.); Stein/Jonas/Pohle, Einl. E I 3 (S. 17ff.), Einl. E III 1 c (S. 25f.); Habscheid, Besprechung des Kommentars von Fasching zu den (österreichischen) Zivilprozessgesetzen (Bd. III), FamRZ 1967, 61 (anders noch Habscheid, StG 99ff.).

41) Guldener, ZSR 80 II 4; Voyame, ZSR 80 II 121; Habscheid, StG 139; Henckel, Parteilehre 32.

42) Siehe dazu hinten § 14 III A, B.

43) So Blomeyer, ZPR § 40 IV (S. 201).

44) So K. Blomeyer, ZZP 65, 60f.; Habscheid, StG 147ff.

45) Hinten § 6 II B 1 b.

Eine Erweiterung des Streitgegenstands auf sämtliche Prozessvoraussetzungen wird aber seiner Individualisierungsfunktion nicht gerecht (46). So ist es zweifellos keine objektive Klagenhäufung, wenn bei einer Vaterschaftsklage gemäss Art. 253 ZGB der Wohnsitz der Parteien zur Zeit der Geburt und der Klage identisch ist, obwohl die Zuständigkeit des Gerichts mehrfach begründet ist und somit nach Habscheid (47) mehrere "Verfahrensbehauptungen" vorliegen. Ebensowenig stellt es eine Klageänderung dar, wenn die klagende Partei bei bestrittener Zuständigkeit zuerst behauptet, die Zuständigkeit des Gerichts sei aufgrund des Wohnsitzes des Beklagten zur Zeit der Klage begründet, nachher aber dazu übergeht, die Zuständigkeit mit dessen Wohnsitz zur Zeit der Geburt des Kindes zu belegen. Bei gleichzeitiger Erhebung zweier Klagen an verschiedenen, an sich zulässigen Gerichtsständen steht die Einrede der Rechtshängigkeit offen (48), ebenso wie eine nach rechtskräftiger Erledigung eines ersten Prozesses angestrebte zweite Klage an der materiellen Rechtskraft scheitert.

c) Das Streitthema des mit einem Prozessurteil endenden Verfahrens

Für die Guttheissung einer Klage genügt es nicht, dass der Kläger seine materielle Berechtigung nachweist. Vielmehr ist es notwendig, dass auch die

46) Ebenso Bötticher, FamRZ 1957, 410; Schwab, ZZP 71, 156; Henckel, Parteilehre 195; Rimmelspacher, Amtsprüfung 105ff.; Grunsky, § 5 II 2 (S. 34f.); vgl. auch Nikisch, AcP 156, 73.

47) StG 141ff., 147ff.

48) Anders im internationalen Zivilprozessrecht, sofern eine Anerkennung im Inland nicht möglich ist. Vgl. Waadt 120 Abs. 2 ZPO; Guldener, IZPR 175; Sträuli/Messmer, N 10 zu § 107; BGE 85 II 80.

prozessualen Voraussetzungen vorliegen. Fehlt eine Prozessvoraussetzung (z.B. Zuständigkeit des Gerichts, Zulässigkeit des Rechtswegs (49)), darf ein Urteil in der "Sache" nicht ergehen, sondern die Klage ist bei Nichtbeheben dieses Mangels durch ein Prozessurteil zu erledigen.

Entgegen anderer Ansicht (50) ist daraus aber nicht zu folgern, Sach- und Prozessurteil hätten verschiedene Streitgegenstände. Denn auch das Prozessurteil erschöpft sich nicht in der Feststellung des Nichtvorliegens (51) einer Prozessvoraussetzung, sondern es enthält auch eine Entscheidung über den (sachlichen) Klageinhalt, indem es festhält, dass auf eine sachliche Beurteilung des strittigen Anspruchs nicht eingetreten wird (52). Zu Recht führt daher Henckel aus, das Prozessurteil unterscheide sich vom Sachurteil nicht in seinem Gegenstand, sondern in seinem Inhalt (53). Denn nicht darin, worüber entschieden wird, sondern wie entschieden wird, differieren beide Urteilsarten.

Dass sich das Prozessurteil nicht nur über das (Nicht-) Vorliegen einer Prozessvoraussetzung ausspricht, beweist schon die Tatsache, dass die Prozessvoraussetzungen nur mit Bezug auf einen bestimmten (sachlichen) Streitgegenstand geprüft werden. Deshalb entfaltet z.B. ein Prozessurteil, das die Prozessunfähigkeit des Klägers feststellt, selbst bei Annahme der Rechtskraft von Prozessurteilen keine Rechtskraft

49) Zu den Prozessvoraussetzungen allgemein Guldener, ZPR 220ff.

50) Blomeyer, Berliner FS 58ff.; ders., ZPR § 40 III (S. 198ff.).

51) Soweit eine gesonderte Verhandlung über einzelne Prozessvoraussetzungen (z.B. über die Zuständigkeit) zugelassen ist, ist ausnahmsweise auch ein positives Prozessurteil möglich (vgl. Walder, Handbuch 251). - Für diesen Fall liesse sich ein besonderer "prozessualer" Streitgegenstand im Sinne Blomeyers vertreten. Vgl. auch Henckel, Parteilehre 196.

52) Vgl. Rosenberg, § 83 III 1.

53) Parteilehre 195.

hinsichtlich dieses Punktes, wenn derselbe Kläger einen zweiten Prozess mit einem andern (sachlichen) Streitgegenstand anhebt (54).

Unterscheiden sich aber beide Urteilsarten bezüglich ihrer Gegenstände nicht, so besteht kein Grund, das für die Streitgegenstandslehre relevante Streitthema bei einem Prozessurteil auf die Prozessvoraussetzungen auszudehnen. Freilich ist damit zugestanden, dass das von der Streitgegenstandsbetrachtung erfasste "Thema" des Prozesses nicht den gesamten Prozessstoff einbezieht, über den die Parteien in einem Rechtsstreit streiten. Indessen hat der Streitgegenstand eben nicht die Funktion, als integrierender Bezugspunkt für alle in einem Rechtsfall möglicherweise auftauchenden Fragen zu dienen, sondern er soll, wie eingangs dargelegt, die Individualisierung des Streitprogramms ermöglichen. Hierzu tragen aber die Prozessvoraussetzungen nichts bei (55).

Gerechtfertigt wird die Erstreckung des Verfahrensgegenstands auf die Prozessvoraussetzungen damit, dass dadurch ermöglicht werde, die - in Deutschland unbestrittene (56) - Rechtskraft der Prozessurteile zu erklären.

In den schweizerischen Zivilprozessgesetzen ist die Rechtskraft von Prozessurteilen im allgemeinen nicht geregelt. Soweit sich darüber jedoch eine Bestimmung findet, wird die Rechtskraft mehrheitlich abgelehnt (57). Die mittels einer "Verfahrensbehauptung" oder eines eigenen "prozessualen" Streitgegenstands erzielte Rechtskraft der Prozessurteile widerspräche

54) Blomeyer, Berliner FS 58; Bötticher, FamRZ 1957, 410.

55) Zur Sonderstellung der Rechtsschutzform vorn § 5 II B 1 b, hinten § 6 II B 1 b.

56) Rosenberg/Schwab, § 153 II (S. 868); Thomas/Putzo, § 322 2a (S. 591); Bruns, ZPR Rn. 208a (S. 327), Rn. 231b (S. 367); Arens, ZPR Rn. 355 (S. 221).

57) Zürich 188 Abs. 2, 191 ZPO; Schwyz 161 Abs. 2, 164 ZPO; Zug 57 ZPO; anders Thurgau 140 ZPO; St. Gallen 191 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Im Gegensatz zu Guldener, ZPR 381, Walder, Handbuch 95 Anm. 16 a, 275 (für Zürich), Sträuli/Messmer, N 20 zu § 191, inter-

daher schon den gegenteiligen Anordnungen dieser Prozessgesetze. Befürwortet man daher grundsätzlich die Rechtskraft für Prozessurteile (58), was eine Frage der Prozessökonomie ist (59), so lässt sich dieses Resultat nur durch eine positivrechtliche Regelung erzielen, nicht aber durch eine entsprechende Fassung des Streitgegenstands. Eine unumschränkte Bejahung der Rechtskraft von Prozessurteilen hinsichtlich der verneinten Prozessvoraussetzung erscheint wegen der besonderen Gesetzgebungsverhältnisse in der Schweiz ohnehin kaum möglich. So entscheidet das Bundesgericht letztinstanzlich Gerichtsstandskonflikte zwischen den Kantonen. Alsdann muss das Bundesgericht bei der Bestimmung des örtlich zuständigen Kantons frei sein, wenn ein Kläger den Unzuständigkeitsentscheid des Kantons B vor Bundesgericht anfigt, im Kanton A, den das Bundesgericht für zuständig hält, aber bereits im negativen Sinn (rechtskräftig) über die Zuständigkeitsfrage entschieden wurde; insoweit kann auch der kantonale Gesetzgeber dem Prozessurteil keine Rechtskraft zusprechen (60).

d) Zusammenfassung und Ergebnis

Die Funktion des Streitgegenstands, das Streitprogramm festzulegen und zu individualisieren, gebietet es, als für den Streitgegenstand relevant nur den materiellen Inhalt der Klage, ergänzt durch

pretiert Habscheid (droit judiciaire 283; SJZ 74, 204) die Bestimmungen von Zürich, Schwyz und Zug im gegenteiligen Sinn.

58) So Lanz, ZSR 63, 249; Graven, (zit. § 3 Anm. 74), 242; Leuch, Komm. ZPO N 11 a zu Art. 192 (S. 209); Habscheid, SJZ 74, 204.

59) Böttcher, FamRZ 1957, 410.

60) Vgl. zu den Gerichtsstandskonflikten Guldener, ZPR 66f.; BGE 58 I 235.

die Rechtsschutzform, zu betrachten.

Diese Auslegung des prozessualen Anspruchs steht auch im Einklang mit dem Sinn der gesetzlichen Ausdrucksweise. Wohl deutet der Begriff "Anspruch" vorerst nur auf den materiellen Inhalt der Klage hin, nicht auch auf die Rechtsschutzform. Aber die gesetzliche Terminologie ist auf ihrem historischen Hintergrund zu verstehen. Nicht nur hielt man den einzelnen materiellen Anspruch für den Gegenstand der Leistungsklage (61), sondern man unterstellte auch der Feststellungsklage einen (privatrechtlichen) Anspruch: Den Anspruch auf "Anerkennung" des geltend gemachten Rechts bzw. Rechtsverhältnisses durch den Prozessgegner (62). Da die dogmatische Eigenständigkeit der Gestaltungsklage noch unbekannt war (63) und sich Leistungs- und Feststellungsklage schon in ihrem Inhalt unterschieden, bestand keine Veranlassung, einen Begriff zu wählen, der auch auf die Rechtsschutzform hinwies. Dieser historischen Gegebenheit würde man aber nicht gerecht, unterliesse man den Einbezug der aus dem individualisierenden Klagegrund ausgeschiedenen und verselbständigten Rechtsschutzform (64) (65).

61) Vorn § 5 I B 2; Habscheid, StG 139f.

62) § 5 Anm. 27; Nikisch, AcP 154, 273f.; Bernhardt, § 29 III (S. 182).

63) Bernhardt, § 29 III (S. 182).

64) Henckel, Parteilehre 195.

65) Aufschlussreich ist auch die zürcherische Zivilprozessordnung, die von mehreren "Rechtsbegehren gegen den Beklagten" spricht (§ 58 Abs. 1 ZPO; ebenso Schwyz 54 Abs. 1 ZPO). Dabei ging man schon bei der Entstehung der ZPO von 1913 von der Identität von "Anspruch" und "Rechtsbegehren" aus, so dass beide Begriffe in den einzelnen Entwürfen ausgetauscht und einander erläuternd beigelegt wurden (vgl. dazu Hess 15 und die dort angeführten Materialien). Die Gleichheit beider Ausdrücke liegt auch der neuen ZPO zugrunde. So wurde bei der Regelung der objektiven Klagenhäufung "Anspruch" durch "Rechtsbegehren" ersetzt, ohne an diesem Rechtsinstitut materiell etwas ändern zu wollen (vgl. Weisung des Regierungsrates, Amtsblatt 1971, S. 1902: "§ 58 entspricht § 93 G"; Prot. KR, 1971-1975, Bd. IV, S. 6957). Da im Rechtsbegehren immer auch die Rechtsschutzform mitenthalten ist, wurde offenbar auch "Anspruch" in diesem weiteren Sinne verstanden.

2. Für die Festlegung des Streitgegenstands

Soll der Streitgegenstand das Streitprogramm festlegen und individualisieren, so muss er grundsätzlich zu Beginn des Prozesses, d.h. bei Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage, feststehen. Denn von diesem Zeitpunkt an ist die "Einrede der Rechtshängigkeit" (66) gegeben (67). Auf diesen Zeitpunkt bezogen sind aber auch die Rechtsinstitute "Klageänderung" und "objektive Klagenhäufung". So ist die Klageänderung nach Eintritt der Rechtshängigkeit verboten oder nurmehr unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen. Entsprechend sind auch die Fragen im Zusammenhang mit der objektiven Klagenhäufung (z.B. Zulässigkeit, Trennung des Verfahrens etc.) zu Beginn des Rechtsstreits zu lösen. Lediglich für den Entscheidungsgegenstand ist denkbar, dass die Fortentwicklung des Prozessverfahrens mitberücksichtigt wird und zur Bestimmung seiner Identität auf den für die Urteilsfällung massgebenden Zeitpunkt abgestellt wird.

Besonderheiten ergeben sich allerdings für jene Prozessordnungen, nach denen die Rechtshängigkeit eintritt, bevor das Streitthema eindeutig bezeichnet zu sein braucht (68). Da diesfalls ein Vergleich der Verfahrensgegenstände zweier paralleler Prozesse noch nicht möglich ist, kann die Litispendenz-Einrede - trotz scheinbar gegenteiliger gesetzlicher Regelung (69) - erst von dem Zeitpunkt an ihre

66) Dieser Begriff hat sich in der Doktrin eingebürgert, obwohl die Rechtshängigkeit nach verschiedenen Prozessgesetzen (z.B. Bund 22 BZPO; Bern 160 Ziff. 3 ZPO; St. Gallen 281 Ziff. 4 ZPO) von Amtes wegen zu berücksichtigen ist.

67) Zürich 107 Ziff. 2 ZPO; Schwyz 96 Ziff. 2 ZPO; Zug 82 Ziff. 1 ZPO; Waadt 119f. ZPO.

68) Z.B. Zürich bei mündlich zu verhandelndem Verfahren (§§ 102 Abs. 1, 106 Abs. 1 ZPO).

69) Vgl. Zürich 107 Ziff. 2 ZPO.

Wirkung entfalten, in dem der Streitgegenstand unverwechselbar feststeht (70). Desgleichen kann sich ein teilweises oder gänzlich Klageänderungsverbot erst dann voll auswirken (71).

Mit diesen Ausführungen ist zugleich gesagt, dass die Individualisierung des Streitgegenstands grundsätzlich durch jene klägerische Prozesshandlung geschieht, welche die Rechtshängigkeit begründet.

III. Anhang: Die Prozesserledigung vor Individualisierung der Klage

Eine Prozesserledigung vor Individualisierung der Klage ist nach jenen Prozessgesetzen möglich, bei denen die Bestimmung des Streitgegenstands erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit zu erfolgen braucht (72). Für diese Prozessordnungen stellt sich die Frage nach der Art und den Folgen einer vorgängigen Prozesserledigung.

1. Das Vorhandensein eines bestimmten Prozessgegenstands stellt eine notwendige Voraussetzung für den Erlass eines Sachurteils dar, da andernfalls unklar bliebe, worüber überhaupt zu verhandeln und zu entscheiden wäre. Daher bildet das Vorliegen eines genau definierten Streitgegenstands eine Prozessvoraussetzung (73).

70) Hess 88. - Nicht ausgeschlossen ist freilich, dass andere Wirkungen der Rechtshängigkeit schon früher eintreten; Guldener, ZPR 231.

71) Möglich ist eine Entscheidung der Frage, ob eine Klageänderung vorliegt, u.U. dann, wenn allein der Antrag geändert wird.

72) So z.B. dann, wenn zur Rechtshängigmachung der Klage die Einreichung der friedensrichterlichen Weisung genügt, wie in Zürich (§ 102 Abs. 1 ZPO), Schwyz (§ 91 Abs. 1 ZPO), Schaffhausen (Art. 160 ZPO). - Zu weiteren Einleitungsarten, die zum nämlichen Resultat führen können, Guldener, ZPR 231.

73) Walder, Handbuch 252 Anm. 4. Ebenso die deutsche Lehre im Hinblick auf § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ÖZPO: Lent, ZZP 65, 317, 320/321; Habscheid, StG 114 Anm. 16; Schubert, ZZP 85, 45f.

2. Versäumt der Kläger, seine Klage zu individualisieren, so ist das Verfahren wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung durch einen Nichteintretensentscheid (Prozessurteil) zu erledigen (74).

3. Entsprechend verhält es sich dann, wenn der Kläger die Klage nach Eintritt der Rechtshängigkeit, aber vor ihrer Individualisierung zurückzieht. Materiell handelt es sich selbst dann um ein Prozessurteil, wenn der Endentscheid in Form eines "Sachurteils-surrogats" ("Das Verfahren wird als durch Rückzug der Klage erledigt abgeschrieben.") ergeht, da zur Feststellung der wirklichen Natur eines Entscheids nicht auf dessen "unrichtige" Form abzustellen ist (75) (76).

4. Anerkennt der Beklagte eine Klage vor ihrer Individualisierung, sei es, weil er über deren Identität ausserprozessual informiert ist, sei es, weil zwischen ihm und dem Kläger überhaupt nur eine Rechtsbeziehung besteht, so ist dem Kläger die Möglichkeit zu geben, die fehlende Individualisierung nachzuholen (77). Kommt der Kläger dieser Auf-

74) So ausdrücklich Zürich 130 ZPO (bei schriftlichem Verfahren). - Nicht vorzugehen ist in diesem Fall nach § 129 Abs. 1 der zürcherischen Zivilprozessordnung, wonach bei Säumnis des Klägers im mündlichen Verfahren die Klage androhungsgemäss durch einen Rückzugsbeschluss zu erledigen ist. Denn die Anwendung dieser Bestimmung setzt voraus, dass überhaupt ein Sachurteil bzw. Sachurteilssurrogat ergehen kann. Fehlt aber - wie im Falle der fehlenden Klageindividualisierung - eine Prozessvoraussetzung, so sind bei Erledigung des Falles nicht die für den Säumnisfall angedrohten Sanktionen anzuwenden, sondern die Klage ist mittels eines Prozessurteils zu erledigen (vgl. Guldener, ZPR 272 Anm. 37e; Sträuli/Messmer, N 2 zu § 129).

75) Vgl. BGE 101 II 374ff.

76) Da es sich dabei um ein nicht rechtskraftfähiges (vgl. vorn § 5 I B 1 c) Prozessurteil handelt, erübrigt es sich, auf den Streit einzugehen, ob diesfalls - nach der zürcherischen Regelung - eine materielle Rechtskraftwirkung überhaupt eintreten könne. Vgl. (verneinend) Sträuli/Messmer, N 15 zu § 191; Guldener, ZPR 402 Anm. 12; BGE 88 I 166; differenzierend Walder, Anspruchsprüfung 138f., 145f., 162; ders., Handbuch 270.

77) Walder, Anspruchsprüfung 145.

forderung nicht nach, ist der Prozess infolge Fehlens einer Prozessvoraussetzung durch ein Prozessurteil abzuschreiben (78). In diesem Fall kommt dem Anerkenntnis - ähnlich wie bei einer Anerkennung einer Forderung vor ihrer gerichtlichen Einklagung - nur die Bedeutung eines privatrechtlichen Anerkenntnisses zu, sofern die vom materiellen Recht geforderten Voraussetzungen erfüllt sind (79).

78) Vgl. Nikisch, StG 73; Thomas/Putzo, § 307 4 (S. 560).

79) Vgl. Guldener, ZPR 402 Anm. 14; zum Sonderfall der Klageanerkennung vor Friedensrichter Walder, Anspruchsprüfung 145.

§ 6 Die Individualisierungselemente der Klage und ihre Bedeutung für die Bestimmung des Streitgegenstands

I. Allgemeines

Als mögliche eine Klage individualisierende Elemente fallen die Parteien, der Antrag (Rechtsbegehren) und der Klagegrund in Betracht (1)(2).

Im allgemeinen fordern die Prozessgesetze denn auch zur Anhängigmachung der Klage die Angabe dieser Elemente (3). Sachlich ändert sich allerdings nichts, wenn ein kantonales Prozessgesetz im Klageeinleitungsakt auf das Darlegen des Klagegrunds verzichtet (4). Diesfalls liegt lediglich eine zeitliche Differenz zwischen der Rechtshängigkeit der Klage und ihrer Individualisierung vor. Nicht daraus gefolgert werden darf, dass der Klagegrund deshalb als Wesensmerkmal der Klage ausscheide (5). Denn unabhängig von der kantonalen Prozessgestaltung ist zumindest in bestimmten Fällen auf den Klagegrund zurückzugreifen, um eine Klage von einer andern abzugrenzen.

1) Vgl. statt vieler: Schwander 199f. (Ziff. 2); Guldener, ZPR 192; Helg 43.

2) "Klagegrund" wird vorerst in einem undifferenzierten Sinn als Summe aller sich aus der Klagebegründung ergebenden rechtsrelevanten Faktoren verstanden.

3) Z.B. Bund 32 lit. a, b, d BZPO; Zürich 100 Ziff. 2, 4, 106 Abs. 2, 113 ZPO (für das schriftliche Verfahren); Bern 157 Ziff. 1, 2, 4 ZPO; Schwyz 89 Ziff. 2, 4, 95 ZPO; Zug 83 Ziff. 1, 2, 4 ZPO.

4) So beispielsweise Zürich 100, 102, 113 ZPO (für das mündliche Verfahren).

5) So Hess 7.

II. Die einzelnen Individualisierungselemente und ihre Bedeutung für den Streitgegenstand

A. Die Prozessparteien

In subjektiver Hinsicht wird die Klage durch die Parteien des Rechtsstreits individualisiert (6).

Geht man mit der herrschenden schweizerischen Lehre davon aus, dass Streitgegenstand der Leistungsklage ein (behauptetes) materielles Anspruchsrecht ist, schiene es, dass dem Hervorheben dieses Elementes keine Bedeutung zukäme. Denn da der materielle Anspruch ja auch durch seine Subjekte bestimmt wird (7), könnte man annehmen, dass durch das Festlegen des materiellen Anspruchs zugleich die (richtigen) Prozessparteien feststünden. Die Gleichsetzung der am materiellen Anspruch Beteiligten mit den die Klage individualisierenden Prozessparteien war indes nur so lange richtig, als man von einem materiellen Parteibegriff ausging (8). Mit der allgemeinen Anerkennung eines formellen Parteibegriffs wurde diese Einheit aufgehoben, da fortan auch ein am materiellen Anspruch nicht beteiligter Dritter (richtige) Prozesspartei sein konnte (9). Damit verlor der Streitgegenstand aber seine Funktion, durch die auf ihn bezogenen Subjekte - prozessual ausgedrückt durch die am Streitverhältnis aktiv und passiv Legitimierten - die Klage in subjektiver Hinsicht zu begrenzen. Dieser Aufgabe

6) Guldener, ZPR 198; Habscheid, droit judiciaire 241; Helg 43.

7) Binkert 11; Hellwig, Anspruch 86; von Tuhr A., Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Leipzig 1910, 269; Georgiades 158; kritisch Grunsky, § 5 II 2 (S. 33f.).

8) Vgl. dazu und zum Folgenden eingehend Henckel, Parteilehre 19ff., 186ff.

9) Z.B. in den Fällen der Prozessstandschaft. Bischofberger 5; Guldener, ZPR 142f.

dient heute vielmehr die Angabe der Prozessparteien im Klageeinleitungsakt (10).

Da der Streitgegenstand demnach nurmehr die objektiven Grenzen der Klage festlegt, bleibt im folgenden die Frage nach der Parteienidentität ausgeklammert.

B. Der Antrag (Rechtsbegehren)

Die zentrale Bedeutung des Antrags für die Bestimmung der Identität der Klage und des Streitgegenstands ist unbestritten (11). Diese folgt letztlich aus der dem Kläger gewährten Befugnis, den Antrag zu bestimmen, und der diesbezüglichen Gebundenheit des Richters (12).

1. Die Antragsselemente

a) Die Rechtsfolge

Der Antrag enthält als ein bestimmendes Element eine Rechtsfolge (13) (14) (15). Diese besteht z.B. in der (behaupteten (16)) Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger Fr. 5000.- zu

10) Bischofberger 41f.; Henckel, Parteilehre 22ff.

11) Vgl. Jauernig, StG 50; Bruns, FS Schmidt-Rimpler 250; Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III 2 a (S. 26): "Jedenfalls ist zur näheren Festlegung des StG vom Antrag auszugehen."

12) Vorn § 4 V B.

13) Statt vieler: Kummer, Prozessrecht 99; Blomeyer, ZPR § 40 III 2 (S. 199).

14) Der Begriff entstammt der allgemeinen Rechtslehre. Vgl. Larenz K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft (2.A. Berlin-Heidelberg-New York 1969), 180ff.

15) Nur ausnahmsweise (z.B. bei der Feststellung der Echtheit einer Urkunde) kann auch die Feststellung einer blossen Tatsache Gegenstand eines Prozesses sein.

16) Die Behauptung ist im Antrag implizit enthalten, da andernfalls vom Kläger zugestanden würde, dass ihm der Begehrensinhalt nicht zukomme (vgl. Nikisch, StG 7; Binkert 7; Rosenberg/Schwab, § 96 IV 1 (S. 505)). Dies wird gelegentlich dadurch verdeutlicht,

bezahlen, dem Kläger einen bestimmten Gegenstand herauszugeben, in der (behaupteten) Gültigkeit der Ehe der Parteien, in der (behaupteten) Ungültigkeit oder Nichtigkeit der zwischen den Parteien geschlossenen Ehe, im behaupteten Bestehen bestimmter Rechtsbeziehungen (z.B. Adoptivverhältnis) zwischen den Litiganten etc..

Der Umfang möglicher Rechtsfolgen ist durch die materielle Rechtsordnung bestimmt (17). Nur soweit das materielle Recht eine entsprechende Rechtsfolge überhaupt kennt, kann sie zum Gegenstand einer gerichtlichen (sachlichen) Prüfung gemacht werden (18). Nicht zuzustimmen ist daher Binkert (19) und Hess (20), dass auch eine Klage einer Braut gegen ihren Bräutigam auf Eingehung der Ehe materiell zu behandeln und durch ein Sachurteil zu erledigen sei. Denn eine entsprechende Rechtsfolge ist im materiellen Recht nicht vorgesehen, so dass auf ein solches Begehren nicht einzutreten ist (Prozessurteil) (21). Gleich verhielte es sich auch dann, wenn ein Kläger die Verpflichtung des Beklagten zur Kappung überhängender Aeste begehrte, wenn davon ausgegangen wird, dem Nachbarn stehe nur ein Selbsthilferecht, aber kein klagbarer Anspruch auf Kappung zu (22).

Möglich ist, dass ein Rechtsbegehren mehrere Rechtsfolgen einschliesst. So verhält es sich einmal

dass von "Rechtsfolgenbehauptung" gesprochen wird (vgl. Habscheid, StG, 147, 151; Nikisch, StG 30; ders., AcP 156, 73). Sachlich ergeben sich daraus aber keine Unterschiede, so dass hier der einfachere Begriff "Rechtsfolge" verwendet wird.

17) Für bundesrechtliche Rechtsverhältnisse bestimmt daher ausschliesslich das Bundeszivilrecht die Zulässigkeit der Rechtsfolgen. Vgl. Guldener, ZSR 80 II 31ff.; Voyame, ZSR 80 II 121ff.

18) Kummer, Klagerecht 27, 56f.; Lüke, JuS 1969, 303f; vgl. auch Guldener, ZSR 80 II 36.

19) Klageänderung 9.

20) Klageänderung 10.

21) Ebenso Kummer, Klagerecht 27.

22) Vgl. die Aufzählung der Vertreter dieser Ansicht bei Lindenmann Alfred, Bäume und Sträucher im Nachbarrecht (Laufenburg 1968), 57 Anm. 212. - Bei fehlender Klagbarkeit grundsätzlich gleich Thomas/Putzo, § 253 Vorbem. III A 2 (S. 434f.); Lüke, JuS 1969, 303.

dann, wenn das Gericht verpflichtet ist, eine im Antrag nur mittelbar enthaltene Rechtsfolge mitzuprüfen (23). Dazu kann es aber auch dann kommen, wenn aus verschiedenen Gründen gleichzeitig auf Geldzahlung geklagt wird, der Kläger aber für die Gesamtsumme nur ein Rechtsbegehren stellt (24).

b) Die Rechtsschutzform

Als zweites kennzeichnendes Element enthält der Antrag die begehrte Rechtsschutzform (auf Leistung, Feststellung oder Gestaltung). Zu eng ist es daher, den Streitgegenstand als Rechts- bzw. Rechtsfolgebehauptung zu definieren (25) (26). Denn dadurch bleibt ein den Antrag und damit auch den Streitgegenstand bestimmendes Merkmal unberücksichtigt. Nicht nur wird man damit aber der historischen Entwicklung nicht gerecht (27), sondern die Vernachlässigung dieses Antrags-elementes führte auch zu weittragenden praktischen Unzukömmlichkeiten. So wäre der Streitgegenstand der Leistungs- und der Feststellungsklage, die die nämliche Rechts- bzw. Rechtsfolgebehauptung enthielten, identisch. Stellte ein Kläger daher beispielsweise die "Rechtsbehauptung" zur gerichtlichen Entscheidung, der Beklagte schulde ihm einen bestimmten Betrag (28), so müsste die Rechtshängigkeitseinrede auch dann eingreifen, wenn der Kläger vorerst die Feststellung dieser Schuld verlangte, in einem zweiten Prozess aber eine Leistungs-

23) Vgl. dazu vorn § 4 IV B 1.

24) Zur Zulässigkeit Guldener, ZPR 202 Anm. 49.

25) So Hochuli 21; Binkert 10f.; Kummer, Klagerecht 23; Hess 8; Nikisch, StG 14; Bernhardt, § 29 IV (S. 183).

26) Die Entscheidung der Frage, ob es sich dabei um eine (konkrete) Rechtsbehauptung, d.h. die Behauptung eines einzelnen materiellen Rechts, oder um eine bloss generelle (abstrakte) Rechtsfolgebehauptung handelt, ist erst unter Berücksichtigung des Klagegrunds möglich. Dem Rechtsbegehren selbst lässt sich nur eine generelle Rechtsfolge(behauptung) entnehmen.

27) Siehe vorn § 5 II B 1 d.

28) In diesem Sinne Kummer, Klagerecht 70; ebenso Nikisch, StG 14.

klage darüber anstrebte. Dies aber widerspräche der bundesrechtlichen Forderung nach Gewährung jederzeitigen vollwertigen Rechtsschutzes für fällige materielle Ansprüche (29), da der Kläger dadurch gehindert würde, vor Abschluss des Feststellungsprozesses ein die Vollstreckung ermöglichendes Urteil zu erlangen. Diese Konsequenz wird denn auch von den Vertretern einer "Rechtsbehauptungstheorie" - mit Ausnahme von Bettermann (30) - nicht gezogen (31) (32). Entsprechend müsste im genannten Beispiel die Einrede der Rechtskraft durchgreifen, wenn der Kläger nach (rechtskräftiger) Gutheissung seiner Feststellungsklage eine Leistungsklage erheben würde. Ebenso hätten aber auch Feststellungs- und Gestaltungsklage den gleichen Prozessgegenstand (33).

Auch bei der Betrachtung des für die Streitgegenstandsbestimmung massgebenden Antrags und seiner Elemente gelangt man daher zu dem schon aus der Funktion des Verfahrensgegenstands gewonnenen Ergebnis, dass auch die Rechtsschutzform in die Streitgegenstandsbetrachtung einzubeziehen ist (34).

29) Dazu vorn § 4 IV C 2 b.

30) Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform 26, 28f.

31) Vgl. dazu eingehend hinten § 14 III.

32) Nikisch, der diese Theorie einlässlich begründete, konnte dieser Konsequenz nur dadurch entgehen, dass er auf den wohl unbeachteten (vgl. Böttcher, FS Rosenberg 87; Habscheid, StG 134f.) unterschiedlichen Sprachgebrauch der DZPO abstellte und zwischen "Anspruch" und "Streitsache" unterschied. Dabei zog er unter "Streitsache" (so § 261 DZPO bei der Rechtshängigkeit) auch die Rechtsschutzform mit ein. Dies berücksichtigen die ihm folgenden schweizerischen Autoren (vgl. vorn § 3 II A 2 Anm. 20) nicht genügend.

33) Schlosser 361.

34) Nicht beizupflichten ist aus den genannten Gründen Hess 15, dass es praktisch unerheblich sei, ob das Rechtsbegehren oder die in diesem enthaltene Rechtsbehauptung dem prozessualen Anspruch zugrunde gelegt werde.

2. Die für die Festlegung des Streitgegenstands notwendige Bestimmtheit des Antrags

Um zur Individualisierung des Streitgegenstands beizutragen, bedarf der Antrag der Bestimmtheit (35). Dem tragen die Prozessgesetze dadurch Rechnung, dass sie eine bestimmte Antragsstellung verlangen und dem Kläger nicht überlassen, einfach einen Sachverhalt darzustellen, der dem Gericht ermöglicht, selbst die sich daraus abzuleitenden Rechtsfolgen zu ermitteln. Insofern beinhaltet die dem Kläger gewährte Dispositionsbefugnis über den Antrag auch eine prozessuale Last (36).

Das Erfordernis der Bestimmtheit des Antrags zur Streitgegenstandsindividualisierung deckt sich jedoch nicht unbedingt mit der vielfach vorgesehenen Pflicht zur Bezifferung des Rechtsbegehrens (37). Dies zeigt sich beispielsweise in jenen Fällen, bei denen das materielle Recht die Festlegung der Höhe der Schadenersatz- bzw. Genugtuungssumme ins Ermessen des Gerichts stellt (z.B. Art. 42 Abs. 2, 47, 49 OR; Art. 92 ZGB). Für die Bestimmung des Prozessgegenstands ist die Entscheidung der Frage, ob auch in diesen Fällen das Rechtsbegehren zu beziffern sei (38), ohne Einfluss, da der Verfahrensgegenstand auch dann eindeutig bestimmbar ist, wenn eine Bezifferung unterbleibt (39). Ebenso ist der Antrag genügend bestimmt, wenn der Kläger die Gestalt des Schadenersatzes (Rente oder Kapital (Art. 43 OR)) offenlässt, ist der Richter doch ohnehin nicht an eine bestimmte Antragsstellung

35) Lent, ZJP 65, 317f.

36) Jauernig, StG 11; Lent, ZJP 65, 317.

37) Z.B. Zürich 100 Ziff. 4, 5 ZPO; vgl. auch Zürich 61 Abs. 2 ZPO.
- Auch im Berufungsverfahren vor Bundesgericht ist das Rechtsbegehren zu beziffern. Guldener, ZPR 193 Anm. 8, 194 Anm. 11.

38) Dafür Guldener, ZPR 193 Anm. 8; dagegen Lutz, Die Bestimmtheit des Rechtsbegehrens bei Klagen auf Geldleistung, SJZ 26, 245.

39) Gleich Habscheid, StG 109ff.- Da der Kläger diesfalls seinen Anspruch vollumfänglich ins Recht legt, ist eine allfällige Nachforderung ausgeschlossen (vgl. Hägi 249).

gebunden (40) (41).

Die Pflicht zur Bezifferung des Rechtsbegehrens geht daher teilweise über das für die Festlegung des Streitgegenstands erforderliche Mass an Eindeutigkeit des Antrags hinaus (42).

C. Der Klagegrund

1. Allgemeines

Aeusserst kontrovers sind die Auffassungen über den Stellenwert des Klagegrunds für die Bestimmung des Prozessgegenstands. Einigkeit besteht höchstens insoweit, als alle Streitgegenstandstheorien in gewissen Fällen in irgendeiner Form auf den Klagegrund zurückgreifen.

Bevor jedoch der Frage nach der Funktion des Klagegrunds für die Individualisierung des Verfahrensgegenstands nachgegangen werden kann, gilt es zu klären, was unter dem Begriff "Klagegrund" zu verstehen ist.

2. Der für die Streitgegenstandslehre massgebende Begriff "Klagegrund"

a) Zu erschliessen ist der Klage- oder Anspruchsgrund (43) aus dem ersten schriftlichen oder

40) Oftinger 217; v. Tuhr/Peter 124; Meier 42; anders für das deutsche Recht Habscheid, StG 111.

41) Vgl. die weiteren Beispiele bei Meier 38 - 43; Steiner P., Das Rechtsbegehren im Erbteilungsprozess, SJZ 74, 165ff.

42) Ebenso Habscheid, StG 110.

43) Zur Identität beider Begriffe Nikisch, StG 59 Anm. 3, 69; Habscheid, StG 184; Arens, ZPR Rn. 146 (S. 89).

mündlichen Sachvortrag des Klägers, d.h. aus der Klagebegründung i.e.S. (44). Hiefür bedeutungslos sind die weiteren Vorbringen des Klägers (45), da sich andernfalls z.B. nicht entscheiden liesse, ob der Kläger die Klage in der Replik oder in einer allfälligen Triplik geändert hat.

b) Mit den Anforderungen an die Klagebegründung i.e.S. haben sich - vorwiegend in Deutschland - zwei Theorien auseinandergesetzt: Die "Individualisierungs-" und die "Substantiierungstheorie" (46).

Die Individualisierungstheorie verstand unter dem "Grund des erhobenen Anspruchs" (§ 253 Abs. 2 Ziff. 2 DZPO) ein konkretes Rechtsverhältnis, aus dem geklagt wurde. Zur ordnungsmässigen Klageerhebung forderte sie daher in der Klageschrift die Angabe dieses Rechtsverhältnisses, ursprünglich in seiner juristisch-technischen Bezeichnung (z.B. "Miete", "Kauf", "Eigentum"). Später liess man jedoch auch Angaben tatsächlicher Art genügen, sofern dadurch das Rechts- bzw. Grundverhältnis, das Streitmittelpunkt bildete, erkennbar war. Insofern genügte es, dass das Gericht das Rechtsverhältnis "qualifizieren" konnte; der Kläger selbst brauchte dies nicht mehr zu tun (47).

Demgegenüber stellte die Substantiierungstheorie allein auf Angaben tatsächlicher Art ab, auf denen die klägerische Behauptung gründete, und verlangte in der Klageschrift das Aufführen derjenigen "Tatsachen, welche nach Massgabe des bürgerlichen Rechts an sich

44) In einem weiteren Sinn umfasst die Klagebegründung die Gesamtheit der Vorbringen, mit denen der Kläger seinen Anspruch zu rechtfertigen versucht, nebst der Klagebegründung i.e.S. also auch die Replik und allenfalls die Triplik etc.. - Im folgenden wird der Begriff stets in seinem engeren Sinn verwendet.

45) Ebensowenig ist das Vorbringen des Beklagten erheblich. Der Verteidigungsmöglichkeit des Beklagten kommt aber u.U. eine Einschränkungsfunktion zu. Vgl. hinten § 6 II C 3 (a); Grunsky, Die unzulässige Prozessaufrechnung, JZ 1965, 394ff.

46) Letztere auch "Spezifikationstheorie" genannt; vgl. Leuch, ZBJV 55, 197 Anm.*.

47) Vgl. dazu eingehend Hochuli 119ff.; Nikisch, StG 61ff.; Schwander 200 Anm. 2; Habscheid, StG 184ff.

geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen" (48).

Für das deutsche Recht ist dieser Streit überwunden. Allgemein ist heute die sog. "verbesserte Individualisierungstheorie" anerkannt (49). Danach genügt die Klageschrift den Anforderungen von § 253 Abs. 2 Ziff. 2 DZPO, wenn sie so viele Tatsachengaben enthält, dass der Streitgegenstand bestimmt werden kann und dadurch eine sachliche Prüfung des Streitfalles ermöglicht wird. Nicht erforderlich ist dagegen ein lückenloser Tatsachenvortrag, der alle abstrakten Tatbestandsmerkmale eines materiellen Anspruchsrechts erfüllt (so die Substantiierungstheorie). Ebensowenig braucht eine juristische Qualifizierung des geltend gemachten Anspruchs vorgenommen zu werden (so die ursprüngliche Individualisierungstheorie).

Die schweizerische Doktrin hat sich mit diesem Theorienstreit kaum grundsätzlich auseinandergesetzt (50), sondern ihn auf die Frage reduziert, ob der Kläger in der Klagebegründung "Tatsachen" oder (auch) "Rechts-erörterungen" vorzunehmen habe (51). Praktisch einheitlich wird dabei angenommen, der Kläger habe seine Klage nur zu "substantiieren" (52). Dass ein näheres Eingehen auf diese Theorien unterblieb, hängt wohl hauptsächlich mit den weniger dogmatischen Formulierungen in den schweizerischen Zivilprozessgesetzen zusammen, denen sich mit Bezug auf die Klagebegründung i.e.S. weder die Forderung nach Angabe eines Rechtsver-

48) Hahn, Motive zur ZPO 255 (zit. nach Blomeyer, ZPR § 43 II 3 a (S. 223)).
- Eine ähnliche Formulierung wählen Keller/Pfisterer, N 6 zu § 111.

49) Blomeyer, ZPR § 43 II 3 a (S. 223); Jauernig, ZPR § 37 II 4 (S. 123); Zeiss, § 44 V 1 (S. 119f.); Arens, ZPR Rn. 146 (S. 89); Bruns, ZPR Rn. 141b (S. 192); Thomas/Putzo, § 253 2 d (S. 441); Baumgärtel, JuS 1974, 70.

50) Vgl. aber Hochuli 119ff.

51) Vgl. z.B. Kummer, Klagerecht 101f.

52) Kummer, Klagerecht 102; Guldener, ZPR 162; Habscheid, droit judiciaire 245; Thorens, la cause 195f. und die dort zit. Literatur; anders (wohl) Schwander 205f. (Ziff. 10).

hältnisses, aus dem geklagt wird (53), noch nach einem lückenlosen Tatsachenvortrag entnehmen lässt (54).

Für den schweizerischen Rechtsbereich besteht daher kein Grund, die beigelegte Kontroverse um die Individualisierung bzw. Substantiierung erneut aufzurollen. Dies rechtfertigt sich im vorliegenden Zusammenhang um so weniger, als die - erst relativ spät erkannte (55) - Bedeutung beider Theorien für die Fixierung des Streitgegenstands gering ist (56). Denn ob nun der Kläger gehalten ist anzugeben, er klagt aus "Miete", oder ob er alle Tatsachen darzulegen hat, die die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale eines "Mietanspruchs" erfüllen, ist für das Ergebnis unerheblich: Nach beiden Theorien ist der Streitgegenstand ein "Mietanspruch" (57).

In Uebereinstimmung mit der deutschen Lehre ist davon auszugehen, dass dem ersten klägerischen Sachvortrag hauptsächlich die Aufgabe zukommt, den Prozessgegenstand zu individualisieren. Er braucht daher zumindest so viele Angaben tatsächlicher Art zu enthalten, dass eine Sachprüfung der Klage möglich ist (58). Freilich steht es den Kantonen frei, an die Klagebegründung höhere Anforderungen zu stellen und auch die Angabe jener Tatsachen zu fordern, die die Klage im eigentlichen Sinn "begründen" sollen, d.h. die dem Richter die Ueberzeugung von der Be-

53) Die nach den Prozessordnungen zugelassenen Rechtserörterungen (vgl. Schwander 206 Anm. 15) können schon deshalb nicht der Individualisierung des Streitgegenstands dienen, weil sie weder die Parteien selbst noch das Gericht binden (vorn § 4 IV B 2).

54) Vgl. Leuch, ZBJV 55, 197/198 Anm. * (für den Kanton Bern); Binkert 16 (für den Kanton Aargau).

55) Siehe Habscheid, StG 185.

56) Im Gegensatz zur Substantiierungstheorie gibt es für die Individualisierungstheorie allerdings nur einen "eingliedrigen" Streitgegenstand, da Rechtsfolge und Anspruchsgrund zu einer Einheit verschmolzen sind. Vgl. Habscheid, StG 185, 187; Nikisch, StG 67f.

57) Zutreffend Nikisch, StG 63: "Und so gross der Gegensatz der beiden 'Theorien' zu sein scheint - im Grunde sind sie am gleichen Stamme gewachsen." - Ähnlich Hochuli 120; Binkert 16.

58) In diese Richtung zielend wohl auch Guldener, ZPR 284 Anm. 23:

"Eine unvollständige Rechtsschrift ist nicht ungenügend, wenn sie

gründetheit der Klage vermitteln sollen (59). Dieser Aufgabe braucht aber die Klageschrift bzw. der erste mündliche Sachvortrag des Klägers nicht vollumfänglich zu genügen, weil dem Kläger hiezu zumindest noch ein zweiter Vortrag zur Verfügung steht (60).

3. Funktion des Klagegrunds für die Fixierung des Streitgegenstands

Hinsichtlich des Stellenwerts des Anspruchsgrunds für die Streitgegenstandsbestimmung lassen sich die unterschiedlichen Auffassungen dem Grundsatz nach in zwei Gruppen einteilen. Die eine Gruppe geht von der eigenständigen Bedeutung des Klagegrunds aus und betrachtet ihn nebst dem Antrag als gleichwertiges, den Verfahrensgegenstand individualisierendes Element, sei es für alle Klagearten, sei es für die Leistungs- und Gestaltungsklagen (= "zweigliedrige" Streitgegenstandstheorien). Die andere Gruppe verneint dagegen die Eigenständigkeit und die Streitgegenstandszugehörigkeit des Klagegrunds und misst ihm Bedeutung nur im Hinblick auf die Auslegung eines aus sich heraus nicht eindeutig bestimmten Antrags zu (= "eingliedrige" Streitgegenstandstheorie).

Zu prüfen ist daher, ob grundsätzlich der "eingliedrigen" oder der "zweigliedrigen" Streitgegenstandsauffassung zu folgen ist.

a) Die "eingliedrige" Streitgegenstandstheorie

im weiteren Verlauf des Verfahrens ergänzt werden darf. Ungenügend ist sie, wenn sie so mangelhaft ist, dass der Gegner überhaupt nicht Stellung nehmen kann."

59) Vgl. z.B. Zürich 113 ZPO: "Im Hauptverfahren ist das Streitverhältnis darzustellen und das Begehren zu begründen."

60) Guldener (ZPR 176) leitet die Zulassung eines zweiten Sachvortrags aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ab.

rückt das Rechtsbegehren in den Mittelpunkt der Betrachtung und hält den Verfahrensgegenstand für bestimmt, wenn sich die Anträge zweier Prozesse ihrem Inhalt nach unzweideutig voneinander unterscheiden. Aufgrund dieses Ausgangspunktes spielt der Klagegrund nur eine dienende Rolle für die Auslegung des Antrags. Auf ihn ist nur zurückzugreifen, wenn sich anhand der Antragselemente (Leistungsinhalt, Leistungsobjekt, Rechtsschutzform) die Unverwechselbarkeit mit einem zweiten Rechtsbegehren nicht ergibt. Daher ist nach dieser Theorie ein Begehren auf Herausgabe eines individuellen Gegenstands grundsätzlich aus sich selbst heraus bestimmt (61) (62) (63). Heranzuziehen ist der Klagegrund dagegen vor allem bei auf Geldleistung gerichteten Anträgen, da sich erst dadurch die notwendige Individualisierung ergibt (64).

Diese Auffassung besticht durch ihre Einfachheit. Die Richtigkeit ihres Ausgangspunktes und die dadurch bedingte Ansicht über die Bedeutung des Klagegrunds erscheinen aber zweifelhaft.

So geht es im Prozess nicht um die Beurteilung abstrakter Rechtsfolgen, sondern um die Prüfung der Frage, ob die beantragte Rechtsfolge aufgrund des vorgebrachten Sachverhalts begründet ist (65). Dies zeigt sich etwa bei einem Begehren auf Ausschluss eines Gesellschafters (Art. 577 OR). Obwohl es sich

61) Schwab, StG 88; Georgiades 161f.; vgl. auch vorn § 3 II C.

62) Jauernig, StG 43ff. bezeichnet solche Anträge als "selbst-abgegrenzt" (im Gegensatz zu den "fremdabgegrenzten" Anträgen (vgl. a.a.O. 49ff.)). Vgl. auch Jauernig, ZPR § 37 VIII (S. 129).

63) Konsequenterweise müssten auch jene Autoren, die von einer prozessualen Bestimmung des Streitgegenstands ausgehen und zwischen individualisierten und nicht individualisierten Klagen unterscheiden, diesfalls eine individualisierte Klage annehmen. So folgerichtig Sträuli/Messmer, N 8 zu § 61; vgl. auch Jauernig, StG 43; anders Nikisch, StG 32/33, 72ff., der sich dabei aber der sonst von ihm abgelehnten "materiellrechtlichen" Theorie annähert.

64) Schwab, StG 88ff.; Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III 2 a (S. 26).

65) Vgl. Kummer, Klagerecht 94.

dabei um ein "selbstabgegrenztes" Begehren handelt, dreht sich der Streit nicht einfach um den Ausschluss des Gesellschafters. Die gegenteilige Ansicht führte zu dem kaum zu rechtfertigenden Ergebnis, dass nach Abweisung einer Klage, die mit dem Abschluss krass dem Gesellschaftszweck widersprechender Verträge seitens des auszuschliessenden Gesellschafters mit einem Konkurrenzunternehmen begründet war, ein zweiter Prozess ausgeschlossen wäre, der sich gegen den nämlichen Gesellschafter richtete und mit begangenen "Veruntreuungen" belegt würde, die sich vor dem für die Urteilsfällung massgebenden Zeitpunkt des Erstprozesses zugetragen haben. Dies träfe selbst dann zu, wenn das deliktische Handeln erst nach rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens bekannt geworden wäre (66). Ebenso lässt sich erst dem Anspruchsgrund entnehmen, ob es sich bei einer Klage um Herausgabe eines bestimmten Gegenstands um eine Besitzeschutz- oder um eine Besitzesrechtsklage handelt. Da die Besitzeschutzklage - im Gegensatz zur Besitzesrechtsklage - lediglich einen vorläufigen Rechtsschutz bezweckt und daher auch die Einreden des Beklagten beschränkt sind (67), kann es trotz Gleichheit der Anträge nicht angehen, einen einheitlichen Streitgegenstand anzunehmen (68).

Bereits diese Beispiele verdeutlichen, dass sich die Funktion des Klagegrunds nicht in seiner dienenden Rolle für das Rechtsbegehren erschöpft, sondern zur

66) Aus diesem Grunde ist auch Meier(55) nicht zuzustimmen, dass es dem Kläger in der Regel gleichgültig sei, aufgrund welchen Klagegrunds die Klage beurteilt werde. Denn der Kläger substantiiert seine Klage nur unter dem von ihm bezeichneten Klagegrund, so dass das Beurteilen eines andern Klagegrunds notwendigerweise die Abweisung der Klage mangels Schlüssigkeit zur Folge hätte.

67) Vgl. Stark, Berner Kommentar, Der Besitz (Art. 926 - 941 ZGB), N 91ff. der Vorbem. Besitzeschutz (Art. 926 - 929 ZGB); Sträuli/Messmer, N 14 zu § 222; Meier 111.

68) Dass die Besitzeschutzklage teilweise im summarischen Verfahren angebracht werden kann (z.B. Zürich 222 Ziff. 2 ZPO; vgl. Sträuli/Messmer, N 14 zu § 222), schliesst eine Konkurrenz nicht unbedingt aus. Vgl. Zürich 226 ZPO; Meier 111.

Bestimmung des Streitgegenstands auch dann auf den Klagegrund abzustellen ist, wenn ein "selbstabgegrenzter" Antrag vorliegt. Dieser Gedanke lässt sich auch so ausdrücken, dass gesagt wird, der Klagegrund diene der Begrenzung des Streitprogramms in tatsächlicher Hinsicht (69).

Das Nichtberücksichtigen der eigenständigen Bedeutung des Anspruchsgrunds führt aber auch zu einer Erstreckung der Grenzen der materiellen Rechtskraft über die Kognitionspflicht und das -recht des Gerichts. Bereits aus rechtspolitischen Gründen können Streit- und Urteilsgegenstand aber nur so weit reichen "wie das Recht und die Pflicht zur richterlichen Kognition" (70). Zur Illustration sei folgendes Beispiel angeführt: A verspricht B anlässlich zweier besonderer Gelegenheiten, Fr. 5000.- zu schenken. Da A seine (schriftlichen) Schenkungsversprechen nicht einlöst, erhebt B Klage. Diese stützt er auf ein Schenkungsversprechen, da er - obgleich der Meinung, A schulde ihm insgesamt Fr. 10'000.- - das Beharren auf beiden Schenkungsversprechen für zu rigoros hält. B trägt daher nur solche Tatsachen vor, die auf das erste Schenkungsversprechen bezogen sind. Alsdann liegt nur dieses eine Schenkungsversprechen im Streit. Das Gericht ist weder verpflichtet noch berechtigt, seine Ermittlungstätigkeit auch auf das zweite Schenkungsversprechen auszudehnen. Weist das Gericht die Klage des B wegen eines Mangels des Schenkungsversprechens ab, kann B nicht gehindert sein, eine zweite Klage gestützt auf das nicht beurteilte Schenkungsversprechen zu erheben. Folgt man der "eingliedrigen" Streitgegenstandstheorie, so scheiterte

69) Habscheid, StG 192; Arens, StG 21; vgl. auch Jauernig, StG 45, der dieses Ergebnis aus der Verhandlungsmaxime herleitet.

70) Jauernig, StG 35, 43; vgl. auch Yoshimura, ZZP 83, 245f.; Mühl, NJW 1954, 1668. - Auf die Interdependenz zwischen dem Streitgegenstand und der richterlichen Kognition weisen auch Walder (Handbuch 271) und Meier (iura novit curia 24ff., 28ff.) hin.

eine zweite Klage an der materiellen Rechtskraft, wenn sich in diesem Verfahren herausstellen sollte, dass sich A in Wirklichkeit nur für insgesamt Fr. 5000.- verpflichtet hat. Denn in beiden Prozessen würde dann um die identische Leistung gestritten (71).

Dass dieses Ergebnis nicht richtig sein kann, hat denn auch Schwab, der diese "globale" Streitgegenstandstheorie einlässlich begründete, erkannt und die Rechtskraft - von seiner Lehre aus inkonsequenterweise (72) - auf den im Prozess beurteilten Sachverhalt beschränkt (73). Eine solche Einschränkung, die letztlich zu einer Trennung von Streit- und Urteilsgegenstand führt, machen die schweizerischen Vertreter dieser Theorie - mit Ausnahme von Hess (74) - nicht. Für sie bleibt es deshalb bei der aufgezeigten Konsequenz.

Die Auffassung, dass der Streitgegenstand lediglich durch das (ausgelegte) Rechtsbegehren gebildet werde, liegt aber auch nicht den Prozessgesetzen zugrunde. So halten vor allem die Prozessordnungen der Westschweizer-Kantone fest, dass die Rechtskraft nur eingreift, wenn auch die Identität des Klagegrunds vorliegt (75). Sodann ist verschiedentlich vorgesehen, dass eine Klageänderung auch bei Aenderung des Klagegrunds anzunehmen ist (76). Auf die Streitgegenstandszugehörigkeit des Klagegrunds weisen auch jene Gesetze hin, die bestimmen, dass eine Klageänderung dann abgelehnt werden könne, wenn dadurch die Rechtsstellung des Beklagten wesentlich beeinträchtigt werde (77). Eine wesentliche

71) Vgl. Schwab, StG 89f.

72) Dies hat ihm denn auch den Vorwurf der Widersprüchlichkeit einzutragen: Nikisch, AcP 154, 280; Jauernig, ZPR § 37 V (S. 127); vgl. auch Bötticher, MDR 1954, 767.

73) StG 144ff., 158ff.; Rosenberg/Schwab, § 156 II 1 (S. 879).

74) Klageänderung 26.

75) Dazu hinten § 15 II A (2).

76) Bern 94 Abs. 1 ZPO; Luzern 121 Abs. 2 ZPO; Obwalden 133 ZPO; Zug 63 Abs. 1 ZPO; Solothurn 144 ZPO; Wallis 88 Abs. 1 ZPO.

77) Z.B. Zürich 61 Abs. 1 ZPO; Schwyz 56 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Zug 63 Abs. 2 ZPO.

Beeinträchtigung der Verteidigungsstellung des Beklagten setzt aber nicht unbedingt voraus, dass die Klage so geändert wird, dass nicht mehr die identische Leistung begehrt wird. Vielmehr kann es dazu auch dann kommen, wenn lediglich der Klagegrund geändert wird. Stützt ein Kläger seine Klage z.B. vorerst auf einen Wechsel und geht er später dazu über, sein Begehren mit dem dem Wechsel zugrunde liegenden Kaufvertrag zu begründen, so bleibt er - folgt man der "eingliedrigen" Streitgegenstandstheorie - innerhalb des nämlichen Streitgegenstands (78). Gleichwohl aber ist in diesem Fall eine wesentliche Beeinträchtigung der Verteidigungsposition des Beklagten, der sich gezwungen sehen kann, seine Verteidigung völlig neu einrichten zu müssen, möglich (79). Durch das Ausserachtlassen des den Verfahrensgegenstand mitbestimmenden Anspruchsgrunds wird so eine Disharmonie geschaffen.

Schliesslich sei noch auf § 200 der zürcherischen Zivilprozessordnung hingewiesen, wonach die Klageänderung in familienrechtlichen Prozessen auch im Berufungs- und Rekursverfahren zulässig ist. Bei einer Ausrichtung des Streitgegenstands nur nach dem Rechtsbegehren wäre diese Bestimmung ihres praktischen Anwendungsbereichs weitgehendst beraubt (80). Im praktisch häufigsten Fall des familienrechtlichen Prozesses, im Ehescheidungsprozess, beschränkte sich die Bedeutung auf die Umwandlung einer Trennungs- in eine Scheidungsklage. Denn dass der Kläger im Berufungs- bzw. Rekursverfahren Nova vorbringen kann, die innerhalb des nämlichen Streitgegenstands liegen, folgt schon aus § 267 bzw. § 278 ZPO, wogegen die Umwandlung eines Scheidungsbegehrens in ein

78) Schwab, StG 91; vgl. auch Walder, Handbuch 272 Anm. 17.

79) So selbst Walder, Handbuch 294, der eine "eingliedrige" Streitgegenstandstheorie vertritt (vgl. vorn § 3 II C); Rimmelpacher, mat. Anspruch 366.

80) Vgl. zur ähnlichen Problematik im deutschen Recht (§ 614 Abs. 1 aDZPO) Henckel, Parteilehre 292.

Trennungsbegehren bereits von Bundesrechts wegen zugelassen werden muss (81).

b) Aus den dargelegten und weiteren (82) Gründen ist der Streitgegenstand im Sinne der "Zweigliedrigkeit" zu fassen, d.h. der Klagegrund bildet nebst dem Antrag ein eigenständiges, den Streitgegenstand individualisierendes Element.

Damit ist die Grundlage gelegt, um die Ausgestaltung dieser Elemente bei den einzelnen Klagearten gesondert prüfen zu können.

81) Sträuli/Messmer, N 15 zu § 200, mit Verweisungen auf Literatur und Judikatur.

82) Hinten § 8 II (mit Bezug auf die Feststellungsklagen), § 9 II B 2 (im Zusammenhang mit der Gestaltungsklage), § 12 bei und in Anm. 28.

§ 7 Der Streitgegenstand der Leistungsklage

I. Einleitendes

Folgt man - wie es hier befürwortet wird - der "zweigliedrigen" Streitgegenstandsauffassung, d.h. stellt man zur Bestimmung des Prozessgegenstands auf Antrag und Klagegrund ab, so stehen grundsätzlich zwei Wege offen, um zu einer Fixierung des Verfahrensgegenstands zu gelangen. Einerseits lässt sich der Streitgegenstand in enger Anlehnung an das materielle (Anspruchs-)Recht festlegen, andererseits kann er nach prozessualen Gesichtspunkten abgegrenzt werden. Den ersten Weg beschreiten ein Grossteil der schweizerischen Autoren, das Bundesgericht und andere Gerichte (1), den zweiten geht für das schweizerische Recht am konsequentesten Habscheid (2).

II. Bestimmung des Streitgegenstands nach dem materiellen Anspruch

A. Der materielle Anspruch und seine Individualisierung

1. Herkömmliche Auffassung

Eine einheitliche Definition hat der Begriff "Anspruch" im materiellen Recht nicht erfahren, so dass ihm die verschiedensten Bedeutungen beigemessen werden (3). Grundsätzlich wird darunter jedoch - im

1) Vgl. vorn § 3 II und III.

2) Dazu § 3 II B 3.

3) Vgl. dazu eingehend Bucher Eugen, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965, 77ff., 82ff.; Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht (Art. 1 - 17), N 85ff. der Vorbem. vor Art. 1; Georgiades 129ff.

Anschluss an § 194 BGB - das Recht verstanden, von einem andern ein Tun oder Unterlassen (kurz: eine Leistung) zu verlangen (4).

Der so aufgefasste (materielle) Anspruch wird nach herkömmlicher Ansicht durch seine Subjekte (Gläubiger und Schuldner) (5), den Leistungsinhalt (Gegenstand der Leistung) und den Entstehungsgrund (tatsächlicher Vorgang und Rechtsgrund) individualisiert (6) (7). Die Nichtidentität eines dieser Elemente führt zu einer Verschiedenheit der einzelnen (materiellen) Anspruchsrechte. Hält man daher den einzelnen (behaupteten) materiellen Anspruch für den Streitgegenstand des Leistungsprozesses, so ist zur Bestimmung des Verfahrensgegenstands auf die gleichen Merkmale abzustellen (8). Prozessual ausgedrückt heisst dies: Das Rechtsbegehren hat den Leistungsinhalt zu bezeichnen, wogegen der Klagegrund den tatsächlichen und rechtlichen Entstehungsgrund eines materiellen Anspruchs zu enthalten hat.

2. Neue Abgrenzungsversuche

In Deutschland mehren sich die Stimmen, die den materiellen Anspruch nicht mehr nach den genannten Kriterien abgrenzen, sondern - vor allem wegen

-
- 4) Vgl. v. Tuhr/Peter 15; Guhl/Merz/Kummer 39; Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht (Art. 1 - 17 OR), N 90 der Vorbem. vor Art. 1; Georgiades 142; vgl. auch BGE 87 II 161ff.
 - 5) Hinsichtlich des Gläubigers teilweise bestritten; vgl. Lent, Gesetzeskonkurrenz II 59; Grunsky, § 5 II 2 (S. 33f.); vorn § 6 Anm. 7. - Für den hier behandelten Bereich ist dies deshalb unerheblich, weil die Subjekte des materiellen Anspruchs nicht zur Individualisierung der Klage beitragen (vgl. § 6 II A).
 - 6) v. Tuhr, (zit. § 6 Anm. 7), 269; Hellwig, Anspruch 86ff.; Binkert 11; Georgiades 107f.
 - 7) Im Ergebnis ändert sich nichts, wenn unter dem Entstehungsgrund nur das "Recht oder Rechtsverhältnis, auf das eingewirkt wird" (Dietz, (zit. § 4 Anm. 61), 129), verstanden wird und der tatsächliche Entstehungsgrund gesondert betrachtet wird.
 - 8) So ausdrücklich Schwander 200f. (Ziff. 2); BGE 98 II 27, 97 II 396.

der prozessual unbefriedigenden Ergebnisse dieser Methode - nach Möglichkeiten suchen, die eine Zusammenfassung mehrerer materieller Anspruchsrechte zu einem einzigen Anspruch erlauben (9). In der Schweiz haben diese Theorien wohl nicht zuletzt zufolge ihrer mangelnden Aktualität im materiellen Bereich sowie aufgrund der Schwierigkeiten für die Lösung der Probleme im Zusammenhang mit der Verjährung, der Beweislastverteilung und der Haftung für Dritte (10) bislang keinen Anklang gefunden (11).

Im folgenden wird daher auf eine Auseinandersetzung mit diesen Lehrmeinungen, deren Ergebnisse sich in weitem Umfang mit den prozessualen Streitgegenstandsauffassungen decken (12), verzichtet.

B. Der materielle Anspruch im Vergleich mit dem prozessualen

1. Während das materielle Recht grundsätzlich (13) von bestehenden Ansprüchen ausgeht, kann es sich im Leistungsprozess - bei Festhalten an der Ausrichtung des Streitgegenstands nach dem materiellen Anspruch - nur um behauptete (materielle) Ansprüche handeln, da ja das Prozessverfahren erst ermitteln soll, ob ein (materieller) Anspruch tatsächlich besteht oder nicht; zum Prozess zuzulassen

9) Zu den unterschiedlichen Vorgehen § 3 IV A.

10) Ueberzeugend Arens, AcP 170, 392ff.; Schwab, JuS 1976, 71ff.

11) Die schweizerische Doktrin tendiert eher dahin, eine Anspruchskonkurrenz dadurch zu vermeiden, dass dem einen Anspruch Vorrangigkeit eingeräumt wird. Für eine Vorrangigkeit bzw. Ausschlusslichkeit der vertraglichen Bestimmungen bei einer Anspruchskonkurrenz von vertraglichen/ausservertraglichen Ansprüchen z.B. v. Tuhr/Peter 407 Anm. 5; v. Tuhr/Escher 108ff.; Jäggi Peter, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, 181ff.; kritisch dazu Oftinger 483 Anm. 21.

12) Vgl. vorn § 3 IV A. Zur These Rimmelspachers auch Habscheid, ZZP 84, 360ff.

13) Zu den Ausnahmen Henckel, Parteilehre 253f.

ist daher jeder behauptete Anspruch (14). Daraus folgt auch, dass dann, wenn - materiellrechtlich betrachtet - ein Anspruch einen andern notwendigerweise ausschliesst (z.B. Ansprüche aus Auftrag im Verhältnis zu Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag), in einem Rechtsstreit beide Ansprüche geltend gemacht werden können (15). Schliesslich führte das Ausgehen von bestehenden Ansprüchen im Prozess dazu, dass ein Verfahren, das die Existenz des Anspruchs verneint, keinen Streitgegenstand gehabt hätte (16).

Dieser sachlich gebotene Unterschied in der Betrachtungsweise ist heute unbestritten (17). Hierbei handelt es sich indes bloss um einen andern Modus des nämlichen Begriffs (18), so dass dadurch nicht ausgeschlossen wird, dass materieller und prozessualer Anspruch im Einklang miteinander bestimmt werden können.

2. Im Unterschied zum materiellen Anspruch wird der prozessuale Anspruch stets durch die vom Kläger festgesetzte und begehrte Leistungssumme individualisiert (19). So steht prozessual - von Missbrauchsfällen abgesehen - einer Teilklage nichts im Wege. Dadurch aber wird ein einzelner materieller Anspruch in mehrere, voneinander unabhängige prozessuale Ansprüche aufgeteilt, die je gesondert der gerichtlichen Beurteilung unterbreitet werden können. Eine solche Aufspaltung eines materiellen Anspruchs in mehrere Anspruchsrechte ist dagegen nicht möglich, da er nur als Ganzes gedacht werden kann (20).

14) Kummer, Klagerecht 18 ("Rechtsbehauptung").

15) Und zwar in einem Eventual- bzw. Alternativverhältnis; v. Tuhr/Peter 41; Georgiades 241.

16) Statt vieler: Thorens, l'objet du litige 38/39; Habscheid, droit judiciaire 241.

17) Kummer, Klagerecht 18; Schwander 205 Anm. 14; BGE 95 II 643; Henckel, Parteilchre 253f.; Georgiades 241; Binkert 9.

18) Bruns, ZPR Rn. 138a (S. 184).

19) Henckel, Parteilchre 254.

20) Henckel, a.a.O.

3. Für die Individualisierung der Klage kommt es sodann entscheidend auf die Parteien des Rechtsstreits an, wogegen für die Bestimmung des materiellen Rechts nicht unbedingt in gleicher Weise auf die Subjekte des Anspruchs abgestellt zu werden braucht. So sind die Klagen des Zedenten und jene des Zessionars gegen den gleichen Schuldner nicht identisch (21). Im materiellen Bereich lässt sich hingegen ohne weiteres annehmen, ein abgetretener Anspruch bleibe der nämliche (22).

4. Schliesslich decken sich der prozesserhebliche Sachverhalt und der tatsächliche Entstehungsgrund des materiellen Anspruchs nicht unbedingt. Während der Entstehungsgrund des materiellen Anspruchs aus allen Tatsachen besteht, die ihn begründen können (23), sind im Prozess - zumindest bei Geltung der Verhandlungsmaxime - grundsätzlich nur jene Sachverhaltsangaben zu berücksichtigen, die in den Prozess eingeführt werden (24). Bei einer unschlüssig begründeten Klage bleibt dadurch aber der Umfang der prozessual relevanten Fakten hinter jenem des tatsächlichen Entstehungsgrunds eines Anspruchs zurück.

Bereits diese Erwägungen zeigen, dass eine Identifizierung von materiellem und prozessualen Anspruch selbst im Bereich der Leistungsklage nicht möglich ist. Allerdings schliessen diese Unterschiede eine grundsätzliche Ausrichtung des Streitgegenstands nach dem materiellen Recht auch nicht aus. Erhebliche Bedenken gegen eine solche Theorie ergeben sich aber aus prozessualen Gründen (25).

21) Henckel, Parteilehre 254; Grunsky, § 5 II 2 (S. 34).

22) So Henckel, Parteilehre 254; Grunsky, § 5 II 2 (S. 33f.).

23) Vgl. v. Tuhr, (zit. § 6 Anm. 7), 269: "... die Tatsachen, aus denen der Anspruch abgeleitet wird"; Hellwig, Anspruch 90.

24) Vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch Georgiades 241f.

25) Wiederholt sei, dass sich diese nicht gegen die sog. neuen materiellrechtlichen Theorien richten.

C. Der behauptete materielle Anspruch als
Streitgegenstand ?

Ein Prozessrechtssystem kann so aufgebaut sein, dass es vom Kläger die Angabe eines bestimmten materiellen Anspruchsrechts fordert und das Gericht auf das Beurteilen dieses Anspruchs verpflichtet. Als- dann bildet zweifellos der vom Kläger behauptete und vom Gericht zu prüfende materielle Anspruch den Streit- gegenstand.

Den schweizerischen Zivilprozessgesetzen ist ein solches, dem aktionenrechtlich konzipierten römischen Verfahren nachgebildetes System indes fremd (26). So braucht der Kläger nicht einen bestimmten materiellen Anspruch zu behaupten, sondern er ist nur gehalten, einen bestimmten Antrag zu stellen und anzugeben, aus welchem tatsächlichen Geschehen er die begehrte Leistung beanspruchen zu können glaubt. Dem Gericht obliegt es sodann, darüber zu befinden, ob die klägerischen Sachvorbringen unter irgendeinen (abstrakten) gesetzlichen Tatbestand eines Rechts mit der vom Kläger angeführten Rechtsfolge subsumiert werden können. Diese konzeptionelle Verschiedenheit bedingt aber eine andere Streitgegenstandsabgrenzung. Dies zeigt sich etwa anhand folgenden Beispiels: Ein Kläger verlangt die Verur- teilung des Beklagten zur Bezahlung von Fr. 3000.-, weil dieser am 4. März 1978 die ihm übergebene antike chinesische Vase X mutwillig beschädigt habe. Obwohl sich diesen Angaben nicht entnehmen lässt, aufgrund welcher Rechtsnorm die Klage zu beurteilen ist (in Betracht fallen etwa Ansprüche aus Miete, Leihe (Ge- brauchsleihe), Hinterlegung oder aus ausservertraglichen

26) Anders - so Habscheid, StG 108 - z.B. der ältere amerikanische Common-Law Prozess. - Zum römischen Prozessrechtssystem vgl. Thorens, la cause 198ff.; vgl. auch Guldener, ZPR 200.

Bestimmungen), ist nicht zweifelhaft, dass der Streitgegenstand eindeutig gekennzeichnet ist. Das beweist allein schon die Tatsache, dass niemand die Erledigung einer solchen Klage mittels eines Prozessurteils (wegen fehlender Bestimmtheit des Verfahrensgegenstands (27)) befürwortet, wenn der Kläger in der Folge säumig bleibt (28) (29). Ein Nichteintretensentscheid liesse sich auch um so weniger rechtfertigen, als der Kläger weder verpflichtet ist, einen materiellen Anspruch zu bezeichnen, unter dem er eine Beurteilung wünscht, noch seine Klagebegründung so zu gestalten hat, dass das Gericht daraus ein bestimmtes materielles Recht entnehmen kann (30). Alsdann ist es aber ausgeschlossen, den Streitgegenstand als behauptetes (materielles) Anspruchsrecht zu definieren.

Zum selben Resultat führt auch folgende Ueberlegung. Nach dem Grundsatz "iura novit curia" ist der Richter nicht an die Rechtsauffassungen der Parteien gebunden, sondern er würdigt - innerhalb der ihm durch den Antrag gesetzten Grenzen (31) - den Sachverhalt frei (32). Führt der Kläger daher im genannten Beispiel an, er habe dem Beklagten die Vase vermietet, weshalb er den Forderungsbetrag aus mietrechtlichen Ansprüchen (Art. 261, 271 OR) zuguthabe, kann sich das Gericht nicht darauf beschränken, die Klage nur unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen. Vielmehr ist es verpflichtet (33), seine Kognition gegebenenfalls auch auf damit konkurrierende

27) Vgl. dazu vorn § 5 III.

28) Anders wäre nach dem erstgenannten System zu entscheiden.

29) Eine andere, die Streitgegenstandslehre nicht berührende Frage ist allerdings, ob die Klage diesfalls mangels Schlüssigkeit abzuweisen ist. Dabei handelt es sich aber um ein (rechtskraftfähiges) Sachurteil.

30) Zu den Anforderungen an Antrag und Klagebegründung vorn § 6 II B und § 6 II C, hinten § 7 III.

31) Nicht zu prüfen hat das Gericht, ob die Tatsachenangaben unter eine Rechtsnorm mit anderer Rechtsfolge subsumiert werden können, da es an den Antrag des Klägers gebunden ist. Vgl. vorn § 4 V B 2.

32) Dazu vorn § 4 IV B 2.

33) Für bundesrechtlich berufungsfähige Prozesse kraft Bundesrecht (vgl. vorn § 4 IV B 2). Für die andern Prozesse gilt dies kraft

ausservertragliche Ansprüche zu erstrecken (34) (35). Dies setzt aber notwendigerweise eine Streitgegenstandsbestimmung voraus, die gewährleistet, dass die Identität des Streitgegenstands auch bei einem Wechsel des Rechtsgrunds (und damit des materiellen Anspruchs (36)) gewahrt bleibt. Denn wäre damit zugleich ein Wechsel des Verfahrensgegenstands verbunden, entschiede das Gericht ja über einen andern Prozessgegenstand. Damit scheidet aber ein Abgrenzen des prozessualen Anspruchs nach dem einzelnen (materiellen) Anspruchsrecht auch für die Leistungsklage aus (37).

Zu erschliessen ist somit auch der Streitgegenstand der Leistungsklage auf prozessualem Weg, und zwar anhand der ihn bestimmenden Klageelemente (Antrag und Klagegrund).

III. Prozessuale Bestimmung des Streitgegenstands

A. Der Antragsinhalt

Bestimmt wird der Streitgegenstand einmal durch den Antragsinhalt, d.h. durch die Rechtsfolge und die Rechtsschutzform (38). Hierüber besteht, zumindest was die Rechtsfolge betrifft, weitgehendst

kantonale rechtlicher Normierung (vgl. Meier 3 Anm. 3) oder gemäss der Praxis. Walder, Handbuch 220; Meier 63 ("Gewohnheitsrecht").

34) Zur Anspruchskonkurrenz in diesem Fall Oftinger 485; BGE 77 II 151.

35) Vgl. BGE 91 II 63ff., wo das Bundesgericht - m.E. zu Recht (hinten § 10 I B 2 a) - eine kantonale Zuständigkeitsvorschrift als bundesrechtswidrig erklärte, die eine Prüfung konkurrierender Ansprüche (in casu arbeitsvertragsrechtliche und ausservertragliche Ansprüche (Art. 328/41ff. OR)) verhinderte, da es sich dabei um "une seule et même prétention" (a.a.O. 66) handle. - Uebersehen hat das Bundesgericht dabei aber, dass es sich damit in Widerspruch zu seiner Streitgegenstandsdefinition setzt (vgl. vorn § 3 III), da hiebei verschiedene Rechtsgründe vorliegen.

36) Vorn § 7 II A 1.

37) Zutreffend Thorens, l'objet du litige 38; Meier 50.

38) Vgl. dazu vorn § 6 II B 1.

Uebereinstimmung (39).

Hinsichtlich des Antragsinhalts ergeben sich dabei bei der Leistungsklage keine Besonderheiten, so dass für die Einzelheiten auf die allgemeinen Ausführungen zum Antrag (§ 6 II B) verwiesen werden kann.

B. Der Klagegrund

1. Allgemeines

Durch das Rechtsbegehren allein ist der Streitgegenstand - wie dargelegt (40) - noch nicht genügend bestimmt. Hierzu bedarf es vielmehr zusätzlich des Klage- bzw. Anspruchsgrunds. Dadurch hängt der Umfang des Streitgegenstands aber weitgehend von der Fassung des Klagegrunds ab.

Ueber die Abgrenzung des Klagegrunds bestehen wohl ebenso viele verschiedene Auffassungen wie "zweiggliedrige" Streitgegenstandstheorien vertreten werden. So wird gelehrt, der Klagegrund sei nach den gesetzlichen (abstrakten) Tatbestandsmerkmalen der einzelnen materiellen Anspruchsrechte zu begrenzen (41), unter dem Anspruchsgrund sei ein "Tatsachenkomplex",

39) Vgl. Zöllner/Degenhart, Einl. IV 4 c (1) (S. 5) und die dort zit. Literatur. - Grunsky (§ 5 II 2 (S. 33)) stellt demgegenüber nicht auf den Antragsinhalt ab, sondern auf den darin verkörperten "wirtschaftlichen Wert", so dass z.B. auch dann identische Streitgegenstände vorliegen, wenn in einem Prozess die Rückgabe der Kaufsache, in einem zweiten dagegen (nach Verbrauch des Kaufgegenstands) die Herausgabe der (ungerechtfertigten) Bereicherung gefordert wird. Wegen der Antragsgebundenheit des Richters (vgl. vorn § 4 V B 2) ist dem aber nicht zuzustimmen. - Vgl. zu diesem Beispiel auch hinten § 15 III 1.

40) Vorn § 6 II C 3.

41) So u.a. Kummer, Klagerecht 92ff.; vgl. dazu vorn § 3 II B 1.

ein "historisches Ereignis" zu verstehen (42), er stelle einen Ausschnitt aus einem Lebensvorgang dar, dessen Begrenzung anhand der Anspruchsnormen vorzunehmen sei (43), er werde durch einen "Lebenssachverhalt" ausgefüllt, dessen Grenzen die "Verkehrsanschauung" (44), die "gesunde Volksanschauung" (45) oder die "lebensnahe und natürliche Betrachtungsweise" (46) festlege. Schliesslich wird ausgeführt, zur Fixierung des Klagegrunds sei ein "mittlerer Weg" zwischen der Abgrenzung nach dem materiellen Recht und dem Lebenssachverhalt einzuschlagen (47).

Bereits dieser - unvollständige - Ueberblick über die einzelnen Lösungsversuche lässt erkennen, dass ein Entscheid darüber, wie der Klagegrund zu fassen ist, nicht mittels eines logischen Schlusses zu erzielen ist. Zu einer passenden Lösung führt vielmehr nur eine ergebnisorientierte Betrachtungsweise, welche die teilweise gegensätzlichen Interessenlagen von Kläger, Beklagtem und Gericht mitberücksichtigt und wertet (48). Letztlich wird dadurch aber - wie Jauernig (49) zutreffend feststellt - die Bestimmung der Grenzen des Streitgegenstands zu einer rechtspolitisch beeinflussten Wertungsfrage.

-
- 42) Nikisch, StG 132ff.; Erni 77; Helg 54; Meier 56 (für die Kantone Bern, Luzern, Obwalden, Zug, Solothurn, Wallis); Leuch, ZBJV 55, 197ff. (für die Frage der Klageänderung).
- 43) Henckel, Parteilehre 266ff., 277; Jauernig, StG 46ff., 49ff.; ders., ZPR § 37 VIII 1 (S. 129). - Zur Differenz zwischen beiden Auffassungen hinten Anm. 92.
- 44) Habscheid, StG 215; Thomas/Putzo, Einl. II 7 c (S. 11); vgl. auch Zeiss, § 44 III 4 (S. 118): "Sachverhalt ist der Lebensvorgang, der nach natürlicher Betrachtungsweise und der Verkehrsauffassung eine Einheit bildet."
- 45) De Boor 42ff., 44.
- 46) Lüke, JZ 1960, 204.
- 47) Arens, AcP 170, 416.
- 48) Auf einer unterschiedlichen Bewertung dieser Interessen beruhen auch die Auffassungen, die zwischen Streit- und Urteilsgegenstand unterscheiden. So ausdrücklich Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 VI 5 b (S. 1323/1324). Vgl. auch Bruns, FS Schmidt-Rimpler, 252.
- 49) ZPR § 37 II 3 (S. 128); ähnlich auch Kummer, ZBJV 102, 12f.

2. Die Abgrenzung des Klagegrunds

a) Ablehnung einer "subjektiven" Abgrenzung

Da es im Prozess, der nach der Verhandlungsmaxime durchgeführt wird, grundsätzlich Aufgabe des Klägers ist, den Sachverhalt darzulegen, aus dem er die beantragte Rechtsfolge ableiten zu können glaubt, wäre es denkbar, den Klagegrund "subjektiv", d.h. je nach den tatsächlich vorgetragenen Sachvorbringen des Klägers, abzugrenzen (50). Eine solche Auffassung hätte indes eine weitgehende Auflösung der objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft zur Folge, da der Kläger dann jede als unschlüssig abgewiesene Klage mit den zur Schlüssigkeit führenden Ergänzungen wiederholen könnte (51) (52). Dies aber wäre insbesondere für den Beklagten unzumutbar, der dann die Folgen einer nachlässigen Prozessführung des Klägers zu tragen hätte. Dadurch vermöchte aber auch der Prozess die an ihn gestellte Aufgabe, eine endgültige Erledigung eines Rechtsfalles zu ermöglichen, nicht zu erfüllen. Der Klagegrund ist daher nicht nach einem subjektiven, sondern nach einem objektiven Kriterium abzustecken.

50) So Brox, JuS 1960, 126f.; hinsichtlich der Rechtskraft auch Schwab, StG 161ff.; Habscheid, StG 286ff., 289f. - Für die objektiven Grenzen der Rechtskraft beim Ehescheidungsurteil auch ein Grossteil der schweizerischen Autoren und das Bundesgericht; vgl. dazu hinten § 15 III (3).

51) Ebenso Jauernig, StG 45; Yoshimura, ZZP 83, 248; vgl. auch Blomeyer, FS Lent 64f.; Arens, AcP 170, 413/414.

52) Um dies zu verhindern, sieht sich Brox (JuS 1960, 127f.) gezwungen, die Rechtskraft auch auf die sich aus dem Sachverhalt "vernünftigerweise herzuleitende Rechtsfolge" (?) zu erstrecken. - Schwab (StG 167ff.) dehnt zu diesem Zwecke die Rechtskraft auch auf die Entscheidungsgründe aus. Habscheid (StG 291ff.) schliesst den Kläger mittels Präklusion aus. Vgl. zu den Auffassungen von Schwab und Habscheid hinten § 15 Anm. 82.

b) Objektive Abgrenzung

aa) Abgrenzung nach dem abstrakten
Tatbestand des materiellen Anspruchs

Die Abgrenzung des Klagegrunds nach dem (abstrakten) Tatbestand des einzelnen materiellen Anspruchsrechts ist für das schweizerische Recht einlässlich von Kummer (53) begründet worden. Danach entscheidet über die Einheit oder Mehrheit der Klagegründe nicht ein weiter oder enger gefasstes tatsächliches - aus der Sicht des Prozesses "historisches" - Geschehen, sondern ein nach den Tatbeständen des materiellen Rechts "gewerteter" Sachverhalt: "Ein und derselbe Sachverhalt reicht alsdann so weit, als er vom (abstrakten) Gesetzestatbestand gedeckt ist." (54).

Diese Ansicht führt praktisch dazu, dass ein einzelner materieller (behaupteter) Anspruch zum Streitgegenstand wird (55). Unbestreitbarer Vorteil dieser Theorie ist das eindeutige und sichere Abgrenzungskriterium für den Klagegrund. Gleichwohl ist dieser Auffassung nicht beizutreten.

Haltbar ist diese Theorie nur auf der Grundlage einer extremen "Substantiierungstheorie", mithin also nur dann, wenn der Kläger gehalten ist, in seinem ersten (schriftlichen oder mündlichen) Tatsachenvortrag alle jene Tatsachen anzuführen, die dem Tatbestand eines materiellen Rechts entsprechen (56). Denn nur

53) Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, 92ff.. Die gleiche Auffassung vertrat ein Grossteil der älteren deutschen Lehre. Vgl. die Angaben bei Nikisch, StG 128 Anm. 2.

54) Kummer, Klagerecht 93.

55) So denn auch ausdrücklich Kummer, Prozessrecht 99. Vgl. auch Nikisch, StG 127/128.

56) Zur Substantiierungstheorie vorn § 6 II C 2 b.

dann ist die Feststellung möglich, ob die im weiteren
Verfahrensverlauf vorgenommenen "ergänzenden" Sach-
verhaltsangaben eine "Anpassung an den abstrakten
Tatbestand einer a n d e r n Gesetzesvorschrift" (57)
zulassen und demnach eine - nach verschiedenen Prozess-
gesetzen unzulässige - Klageänderung vorliegt. Solche
Anforderungen an die Klagebegründung stellen aber die
schweizerischen Zivilprozessgesetze nicht. Diese
gehen vielmehr davon aus, dass der Kläger aus einem
bestimmten Vorfall, aus einer bestimmten tatsächlichen
Begebenheit heraus klagt (58). Deshalb braucht die
Klagebegründung nur so viele Angaben tatsächlicher Art
zu enthalten, dass dieses Geschehen in seinen Um-
rissen so klar feststeht, dass der Beklagte und das
Gericht wissen, worum sich der Streit dreht, und
somit eine sachliche Prüfung der Klage auch dann
möglich ist, wenn der Kläger in der Folge säumig
bleibt (59). Beides deckt sich aber nicht unbedingt.
Einmal kann der Klagegrund aus einem "tatsächlichen
Vorgang" bestehen, der überhaupt nicht geeignet ist,
als Entstehungsgrund eines materiellen Anspruchs zu
dienen (60). Alsdann ist es ausgeschlossen, den
Klagegrund in der von Kummer vertretenen Weise abzu-
grenzen. Gleichwohl steht aber z.B. dann der Gegenstand
des Verfahrens fest, wenn ein Kläger vom Beklagten
Fr. 500.- fordert, weil dieser ihm beim Verrichten
einer bestimmten Arbeit zugeschaut habe, so dass
hierüber ein (abweisendes) Sachurteil gefällt werden
kann. Sodann ist es vielfach gar nicht möglich, bereits
aufgrund der Klagebegründung zu entscheiden, welchem

57) Kummer, Klagerecht 106.

58) Vgl. vorn § 7 II C.

59) Zu den Anforderungen an die Klagebegründung vorn § 6 II C 2 b.

60) Vgl. auch Nikisch, StG 34.

(abstrakten) Gesetzestatbestand die Vorbringen des Klägers zu subsumieren sind. Denn die Klagebegründung braucht ja nicht so gestaltet zu sein, dass sie alle Tatbestandsmerkmale eines Anspruchsrechts enthält (61). Welchen materiellen Anspruch hat dann aber der Kläger geltend gemacht? Jenen, der dem ersten Tatsachenvortrag am nächsten kam, oder jenen, der sich erst anhand seiner weiteren Darlegungen herauskristallisierte?

Entscheidend gegen diese Auffassung spricht aber, dass sie prozessual nicht befriedigt. So zwingt sie dazu, jede noch so geringfügige Änderung in der Sachdarstellung als Klageänderung aufzufassen, wenn sich dadurch die Möglichkeit zu einer Subsumtion unter eine andere Rechtsnorm eröffnet (62). Mit einer zweckmässigen Prozessgestaltung lässt sich dies aber kaum vereinbaren (63). Verlangt der Kläger etwa Schadenersatz wegen anormaler Abnutzung der Mietsache (Art. 271 OR), so wäre es kaum verständlich, ihn an der Klageänderungssperre scheitern zu lassen, wenn er auf den Einwand des Beklagten, es sei gar kein Mietvertrag zustande gekommen, repliziert, die verminderte Brauchbarkeit der Mietsache sei vom Beklagten absichtlich herbeigeführt worden; dies ungeachtet der Tatsache, dass sich dadurch eine "Anpassung" an allfällige ausservertragliche Ansprüche (Art. 41ff. OR) ergibt (64). Kaum zu befriedigen vermöchte aber auch das Resultat, dass der Kläger, der mit seiner Klage abgewiesen worden wäre, weil sich die Beschädigung infolge normaler Abnutzung eingestellt habe, erneut klagen könnte mit der Behauptung, der Beklagte habe

61) Dazu vorn § 6 II C 2 b; anders wohl nur Schwander 210 (Ziff. 15).

62) Vgl. Kummer, Klagerecht 106.

63) Diese Lösung wird denn auch mehrheitlich abgelehnt. Vgl. Leuch, ZBJV 55, 198/199; ders., Komm. ZPO N 4 zu Art. 94 (S. 129); Guldener, ZPR 200; Erni 15f.; Binkert 22f.; Meyer 34.

64) Es ist auch nicht etwa so, dass jede anormale Abnutzung zu einer Konkurrenz mit Ansprüchen aus Art. 41ff. OR führt, so dass angenommen werden könnte, das zur Widerrechtlichkeit führende Verschulden sei implizit behauptet. Vgl. Oftinger 488.

die Beschädigung widerrechtlich (im Sinne von Art. 41ff. OR) herbeigeführt. Denn dadurch verlöre der erste Prozess seine friedentiftende Funktion in weitem Umfang. Kaum erklärbar wäre aber auch, weshalb der Kläger im genannten Beispiel gleichzeitig mehrere parallele Prozesse sollte führen können (wegen der verschiedenen Streitgegenstände griffe ja die Einrede der Rechtshängigkeit nicht durch). Mit dieser Auffassung verbunden ist schliesslich auch eine Einengung der materiellen richterlichen Prozessleitung und der Kognitionsbefugnis des Gerichts, da das Gericht den Kläger nicht darauf hinweisen dürfte, dass sein Sachvortrag bei einer möglicherweise geringfügigen Ergänzung auch eine Prüfung unter eine andere Rechtsnorm zuliesse.

Demgegenüber macht Kummer geltend, eine andere Sachverhaltsabgrenzung könne zu einem Widerspruch mit dem bundesrechtlichen Postulat der Rechtsverwirklichung führen. Danach sei gefordert, dass jedes behauptete (materielle) Recht zum Urteil zuzulassen sei, unabhängig davon, ob es auf dem nämlichen "Lebensvorgang" beruhe oder nicht (65). Zuzustimmen ist Kummer insofern, als es nicht angehen kann, den Streitgegenstand (mit einer weiten Fassung des Klagegrunds) so weit zu bestimmen, dass als beurteilt auch (materielle) Anspruchsrechte gelten, zu deren Prüfung das Gericht infolge des gänzlichen Fehlens diesbezüglicher Tatsachenangaben weder berechtigt noch verpflichtet ist (66). Dies zwingt aber, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, keineswegs zu der von Kummer gezogenen Konsequenz.

65) Klagerecht 94.

66) Vgl. dazu vorn § 6 II C 3 (gegen die "eingliedrige" Streitgegenstandstheorie).

bb) Abgrenzung nach dem "historischen Ereignis"

Die prozessual unbefriedigenden Ergebnisse der vorgenannten Methode versuchte namentlich Nikisch dadurch zu vermeiden, dass er den Klagegrund frei von jeder materiellrechtlichen Bindung nurmehr nach der zeitlichen Einheit, dem "historischen Ereignis", abgrenzte (67).

Auch diese Abgrenzungsmethode befriedigt indes nur bedingt. Nicht nur ist die zeitliche Einheit ein viel zu äusserliches Kriterium (68), sondern eine solche Bestimmung kann auch zu willkürlichen Resultaten führen. So müsste z.B. dann, wenn die Begehung eines Wechsels und der Abschluss des ihm zugrunde liegenden Kausalgeschäfts eng beieinander lägen, wohl ein einheitliches "historisches Ereignis" angenommen werden (69), wogegen bei deren (zeitlichem) Auseinanderfallen verschiedene Ereignisse anzunehmen wären. Dadurch lägen aber in juristisch gleichgelagerten Fällen einmal ein, das andere Mal zwei Streitgegenstände vor. Sodann sind etwa Offerte und Akzept sinnfällig immer aufeinander bezogen, mögen sie auch zeitlich weit auseinander liegen (70). Schliesslich führte diese Auffassung aber auch zu unakzeptablen Zerschneidungen von Zusammengehörigem. So wird - um ein Beispiel aus der Gestaltungs- klage zu wählen, wo ja im wesentlichen die gleiche Problematik auftritt - die auf Art. 142 ZGB gestützte Ehescheidungsklage regelmässig mit einer Vielzahl einzelner Eheverfehlungen begründet. Daher würde es zu völlig unverständlichen Ergebnissen führen, sähe

67) StG 132.. Nikisch sind viele Prozessualisten gefolgt. Vgl. etwa Erni 77f., Helg 54; ebenso auch Meier 56 (für die Kantone Bern, Luzern, Obwalden, Zug, Solothurn, Wallis).

68) Vgl. Georgiades 151 (hinsichtlich des materiellen Anspruchs).

69) So Binkert 23.

70) Georgiades 150.

man in jeder einzelnen Eheverfehlung einen selbständigen Klagegrund (71).

In Deutschland wird denn diese Ansicht heute kaum mehr vertreten.

cc) Abgrenzung nach dem "Lebenssachverhalt"

Die Abgrenzung des Klagegrunds nach dem "Lebenssachverhalt" ("Lebensverhältnis") wurde zuerst von de Boor de lege ferenda - unter Unterstellung des Prozessverfahrens unter die Untersuchungsmaxime - befürwortet (72). Habscheid hat diese Methode dann de lege lata einlässlich begründet (73).

Bei Verhältnissen, die auf einem "Dauerlebenssachverhalt" (74) gründen, trifft sich diese Auffassung weitgehendst mit den Ergebnissen der "eingliedrigen" Streitgegenstandstheorie. So spielt es in der praktischen Auswirkung keine Rolle, ob etwa bei der Ehescheidungsklage allein auf das Ziel des Begehrens, die Scheidung der Ehe, abgestellt wird (75), oder ob zur Streitgegenstandsbestimmung zusätzlich der Klagegrund herangezogen wird und dieser das "Ehemartyrium", die "Ehe in ihrem notleidenden Zustand" (76) umfasst. Der Umfang des Prozessgegenstands bleibt sich in beiden Fällen gleich (77).

71) Dazu hinten § 9 II B 3.

72) Gerichtsschutz und Rechtssystem, Ein Beitrag zum Kampf gegen das aktionenrechtliche Denken (1941), 42ff.. In die gleiche Richtung zielend Jonas, Gedanken zur Prozessreform, DR 1941 (Ausgabe A), 1697ff., insbes. 1704.

73) StG 184ff.; vgl. dazu vorn § 3 II B 3.

74) Habscheid, StG 215; Thomas/Putzo, Einl. II 7 c (S. 11): "Sachverhalte von gewisser Dauer (Arbeitsverhältnis, Gesellschaft, Ehe)".

75) Schwab, Z郑 65, 111; ders., StG 95ff.; Bötticher, FS Rosenberg 84; Hess 24f.. Die beiden letzten Autoren insofern weiter, als unter das gleiche Begehren auch die Auflösung der Ehe wegen Ungültigkeit gezählt wird. Vgl. Bötticher, a.a.O. 92; Hess 26.

76) Habscheid, StG 211.

77) Vgl. Schwab, Z郑 71, 158.

Für die "Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens" (78), die im Rahmen des Leistungsprozesses allein zu betrachten sind, wird zur Begrenzung des Klagegrunds auf den Zeitfaktor verzichtet, und als massgebend die "gesunde Volksanschauung" (79), die "Verkehrsanschauung" (80) gehalten. Danach bilden etwa, folgt man Habscheid, die gesamten Käufer-Verkäufer - Beziehungen einen einheitlichen Lebenssachverhalt (81), wogegen im Falle eines Wechsels (oder eines abstrakten Schuldanerkenntnisses) und des Kausalgeschäfts zwei Lebenssachverhalte anzunehmen sind (82).

Nicht zu verkennen ist, dass die Abgrenzung des Anspruchsgrunds nach dem "Lebenssachverhalt" dank der Elastizität dieses Begriffs vielfach zu befriedigenden Lösungen führt (83). Dennoch erscheint es nicht angebracht, diese Bestimmungsmethode - mit Habscheid (84) - für den schweizerischen Zivilprozess zu übernehmen.

Einerseits birgt diese Auffassung nicht zu übersehende Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall (85), anderseits ist sie auf ein Prozessverfahren abgestimmt, das - wie das deutsche und österreichische - eine Trennung des Verfahrens in einzelne Abschnitte nicht kennt und Tatsachenvorbringen bis zum Schluss des Verfahrens zulässt (86). Alsdann wird den Parteien Gelegenheit gegeben, ihre Parteivorträge anhand der Beweislage zu ergänzen oder umzustellen. Im schweizerischen Prozessverfahren ist die Ausgangslage aber grund-

78) Habscheid, StG 215.

79) De Boor 44.

80) Habscheid, StG 215; Thomas/Putzo, Einl. II 7 c (S. 11).

81) StG 278.

82) Habscheid, StG 215.

83) Ebenso Donau, JR 1957, 39.

84) Vgl. die Angaben vorn § 3 II B 3.

85) Vgl. die Beispiele bei Donau, JR 1957, 39; ders., JR 1960, 205; Blomeyer, FS Lent, 68ff.; ders., ZPR § 89 III 4 (S. 454f.); Arens, AcP 170, 416.

86) siehe §§ 282ff., 296, 296a DZPO (noch weitergehend § 278 Abs. 1 aDZPO); dazu Arens, ZPR Rn. 188ff. (S. 122ff.). Zu Oesterreich Holzhammer 135; vgl. auch die Angaben vorn § 4 Anm. 45.

sätzlich anders. Hier haben die Parteien sämtliche Sachvorbringen im Behauptungsstadium vorzutragen; spätere Darlegungen sind - wenn überhaupt - nur unter bestimmten, eng umschriebenen Voraussetzungen möglich (87). Diese unterschiedliche Prozessgestaltung bedingt aber auch eine entsprechende Anpassung des Umfangs des Klagegrunds. So lässt sich z.B. ein einheitlicher Klagegrund nicht so weit erstrecken, dass er Vertragsverhandlungen, Vertragsabschluss, Vertragsabwicklung und spätere Veränderung (Verbrauch, Weiterverkauf etc.) der "Kaufsache" umfasst, wenn der Kläger auf Bezahlung des Kaufpreises klagt. Dies hätte nicht nur eine unververtretbare Aufblähung des Prozessstoffes zur Folge, sondern es wäre für den Kläger, der den Kaufpreis eintreiben will, auch unzumutbar, zu Beginn des Prozesses damit zu rechnen, dass er dadurch allfällige Ansprüche aus "Culpa in contrahendo", Schadenersatzansprüche bei Ungültigkeit des Vertrags und Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62ff. OR) aufs Spiel setzt. Dies liesse sich um so weniger vertreten, als die Gestaltung der Rechtslage im Behauptungsstadium vielfach gar nicht abgeschätzt werden kann. Man denke nur daran, dass der Verbrauch der Kaufsache dem Kläger gänzlich unbekannt ist und sich erst im Beweisverfahren herausstellt. Gemildert würde dieses Ergebnis auch nicht durch die richterliche Fragepflicht, da ja auch der Richter nicht abschätzen kann, was allenfalls im Beweisverfahren herauskommt.

Auf die schweizerischen Zivilprozessgesetze ist diese Abgrenzungsmethode daher nicht zugeschnitten.

87) Dies ist die Folge der das schweizerische Zivilprozessrecht beherrschenden Eventualmaxime. Vgl. dazu im einzelnen Guldener, ZPR 181ff.; Schaad 87ff.; Walder, Handbuch 211ff.; Habscheid, droit judiciaire 325ff.

dd) "Strukturierte" (88) Abgrenzung

Zu einer befriedigenden Abgrenzung des Klagegrunds führt nur ein Vorgehen, das berücksichtigt, dass der Klagegrund aus einem tatsächlichen, aus der Sicht des Prozesses "historischen" Geschehen besteht, zugleich aber ein Abgrenzungskriterium wählt, das eine eindeutige und klare Lösung ermöglicht.

Das Zusammenfassen eines Geschehens zu einer Einheit ist nur mit Hilfe eines "ideellen Bezugspunkts" (= "strukturiert") möglich, da ein tatsächliches Geschehen eine nie abreissende Kette einzelner Ereignisse bildet, die je nach dem Gesichtspunkt, unter dem sie betrachtet werden (z.B. juristisch, psychologisch, moralisch), in einem engeren oder weiteren Zusammenhang zueinander stehen (89). Als ideeller Bezugspunkt drängt sich im hier behandelten Bereich ein "innerrechtlicher" auf, da sich durch "ausserrechtliche" Anknüpfungspunkte wie die gesunde Volksanschauung oder die lebensnahe und natürliche Betrachtungsweise ein eindeutiges und sicheres Kriterium zur Abgrenzung des Klagegrunds nicht finden lässt. Als "innerrechtlicher" Bezugspunkt kommt dabei nur der (abstrakte) Tatbestand des einzelnen materiellen (Anspruchs-)Rechts in Betracht. Insofern ist ein gänzliches Absehen vom materiellen Recht nicht möglich, obwohl es sich dabei um die Lösung eines rein prozessualen Problems handelt (90). Verbindet man dies mit der Erkenntnis, dass der Klagegrund ein tatsächliches Geschehen beschlägt, so gelangt man zu folgendem Ergebnis:

88) Dieser Begriff ist von Bruns, ZPR Rn. 139 c (S. 188 Anm. 44), in die Streitgegenstandsdiskussion eingeführt worden.

89) Lent, ZZP 65, 350ff.; Bruns, FS Schmidt-Rimpler 237ff.; Blo-meyer, FS Lent 68ff.

90) Jauernig, StG 46, 47f.; Arens, AcP 170, 416f.; vgl. auch Kummer, Klagerecht 94.

Klage- oder Anspruchsgrund ist ein Ausschnitt aus einem zeitlichen Geschehen, dessen Begrenzung durch die Tatbestandsmerkmale der auf den konkreten Sachverhalt (möglicherweise) anwendbaren Rechtsnorm vorgenommen wird. Deckt der so abgesteckte Sachverhaltsausschnitt, dessen Mittelpunkt eine "Rechtsstörung" bildet (91), zugleich den Tatbestand anderer inhaltsgleicher Normen, liegt trotz der allfälligen Mehrheit anzuwendender Rechtsnormen nur ein Klagegrund vor. Verschiedene Klagegründe sind dagegen dann anzunehmen, wenn der Tatbestand einer Bestimmung auf ein anderes zeitliches Geschehen Bezug nimmt oder sich aus einem unabhängigen Tatsachenkomplex ein zweites Mal selbständig verwirklicht (92).

Zu keinen Erörterungen Anlass geben die "eindeutigen" Sachverhalte, d.h. jene Tatsachenkomplexe, die eine Subsumtion nur unter eine Rechtsnorm zulassen. Abgrenzungsprobleme stellen sich nur dann, wenn ein vorgebrachtes Geschehen eine solche Eindeutigkeit vermissen lässt.

Nach der hier befürworteten Abgrenzung liegt daher beispielsweise ein einheitlicher Klagegrund vor, wenn ein Kläger vom Beklagten Schadenersatz wegen mutwilliger Beschädigung eines ihm überlassenen Gegenstands

91) Vgl. Bruns, FS Schmidt-Rimpler 237ff.; ders., ZPR Rn. 139a (S. 185f.).

92) Diese Ansicht entspricht in etwa den Auffassungen von Henckel, Jauernig, Bruns und Arens, die sich ihrerseits allerdings in Einzelheiten voneinander unterscheiden. Vgl. Henckel, Parteilehre 266ff., 277; Jauernig, StG 46ff.; ders., ZPR § 37 VIII 1 (S. 129); Bruns, FS Schmidt-Rimpler 237ff.; ders., ZPR Rn. 139a (S. 186); Arens, AcP 170, 417f..- Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, braucht aber, wie Jauernig (StG 47f., 52) und Arens (AcP 170, 417 Anm. 84) zutreffend feststellen, nicht Henckels Neufassung des materiellen Anspruchsbegriffs gefolgt zu werden. Ebensowenig präjudiziert dies die von Bruns (FS Schmidt-Rimpler 252f.) im Anschluss an Nikisch (AcP 154, 282ff.) gezogene Folgerung, in gewissen Fällen auch materiellrechtlich nur einen Anspruch anzunehmen. Dass diese Abgrenzung nicht nur im Prozess mit Verhandlungsmaxime befriedigt, wie Jauernig

fordert und dabei eine allfällige Anspruchskonkurrenz zwischen vertraglichen (z.B. mietrechtlichen (Art. 261, 271 OR)) und ausservertraglichen Ansprüchen besteht. Denn beide Anspruchstatbestände beschlagen den gleichen zeitlichen Ausschnitt. Unerheblich ist hiebei, dass zur Anwendung des vertraglichen Anspruchs das Bestehen eines (gültigen) Vertrags vorausgesetzt ist, da dies nur notwendige "Vorgeschichte" für die Anwendbarkeit des vertraglichen Anspruchs bildet (93). Dieses Ergebnis trifft ganz allgemein auf alle Fälle von vertraglicher/ausservertraglicher Anspruchskonkurrenz zu (94). Richtigerweise hat das Bundesgericht daher einen einheitlichen Klagegrund bejaht, als eine schädigende Handlung eines Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber zugleich eine Verletzung von Art. 328 OR (95) und Art. 41ff. OR begründete (96).

Prozessual gleich zu behandeln sind auch jene Fälle, bei denen materiellrechtlich eine "Gesetzeskonkurrenz" vorliegt (97); auch ihnen liegt die nämliche "Rechtsstörung" zugrunde (98). Keine Rolle spielt es, dass zur Anwendung der *lex specialis* ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal erfüllt sein muss, weil dies ohne Einfluss auf den zeitlichen Sachverhaltsausschnitt ist, auf den diese Rechtsnorm Bezug nimmt.

Ein Klagegrund ist auch in dem von Guldener (99)

(StG 51f.), Bruns (ZPR 189 Anm. 49) und wohl auch Arens (AcP 170, 419/420) annehmen, wird hinten § 9 II B zu zeigen sein.

93) Ebenso Henckel, Parteilehre 266.

94) Vgl. die Aufzählung der praktisch häufigsten Fälle bei Oftinger 484f.; vgl. auch Georgiades 82.

95) Heute Art. 321a, 321e OR.

96) BGE 91 II 63. Dem Bundesgericht ist aber entgangen, dass sich diese Auffassung nicht mit seiner Streitgegenstandsdefinition vereinbaren lässt (vgl. vorn § 7 Anm. 35). Zu Recht stellt daher Schwander (*fura novit curia* 218 (Ziff. 25)) fest, das Bundesgericht habe die sich aus seiner Lehre zum Klagegrund ergebenden Konsequenzen für die Definition des Streitgegenstands nicht gezogen.

97) Dazu v. Tuhr/Peter 42; Oftinger 477ff.

98) Georgiades 69f.; v. Tuhr/Peter 42.

99) ZPR 199.

gebildeten Beispiel anzunehmen, wo um das Entgelt für eine zahnärztliche Behandlung gestritten wird. Die "Rechtsstörung" liegt hiebei im Nichterbringen der Gegenleistung durch den Patienten. Für die Abgrenzung des Klagegrunds nicht entscheidend ist es daher, ob die "Gegenleistung" aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung zu erbringen ist oder - bei Herausstellen der Unmündigkeit des Patienten und der dadurch bedingten Ungültigkeit des Vertrags - gestützt auf bereicherungsrechtliche und/oder (100) ausservertragliche Normen. Denn die Tatbestände aller dieser Anspruchsrechte umschliessen den gleichen zeitlichen Sektor (Erbringen der Leistung des Zahnarztes bis zur Nichtleistung des Entgelts) (101).

Entsprechend verhält es sich auch in dem häufig zitierten Fall um die Rückzahlung eines Darlehens bei Nichtigkeit des Darlehensvertrags. Der zeitliche Ausschnitt des vertraglichen Anspruchs (Hingabe des Darlehensbetrags - Nichtrückgabe) deckt sich mit dem durch bereicherungsrechtliche Normen bestrichenen, so dass nur ein Klagegrund vorliegt (102).

Zutreffend hat das Bundesgericht einen Klagegrund auch dann angenommen, als ein Kläger nach Auflösung eines Vertrages gestützt auf Art. 83 Abs. 2 OR für die geleistete (werkvertragliche) Arbeit rechtlich irrtümlich (103) vertragliche Schadenersatzansprüche geltend machte, obwohl eine Zuerkennung des geforderten Betrags nur unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62ff. OR) in Betracht

100) Im materiellen Recht ist umstritten, ob diesfalls eine Konkurrenz von bereicherungsrechtlichen und deliktischen Ansprüchen anzunehmen sei. Vgl. v. Tuhr/Peter 521/522; Guhl/Merz/Kummer 203 (verneinend zufolge Subsidiarität des bereicherungsrechtlichen Anspruchs).

101) Für den Prozessverlauf im Ergebnis ebenso Guldener, ZPR 200.

102) Gleich Henckel, Parteilehre 267; im Ergebnis ebenso Nikisch, StG 136.

103) Vgl. v. Tuhr/Escher 67; Guhl/Merz/Kummer 50; BGE 64 II 266ff.

fiel (104). Richtigerweise hat das Bundesgericht die "Rechtsstörung" im Nichterbringen des Entgelts für die geleistete Arbeit und das gelieferte Material erblickt (105), wodurch nicht nur die nicht existenten vertraglichen Schadenersatzansprüche erfüllt gewesen wären, sondern sich auch die bereicherungsrechtlichen Ansprüche aktualisierten (106).

Ein Klagegrund liegt auch bei einer Konkurrenz zwischen obligatorischen und dinglichen Herausgabeansprüchen vor (107), da durch die Nicht-Rückgabe eines bestimmten Gegenstands beide Anspruchstatbestände zugleich erfüllt werden (108). Ebenso verhält es sich bei einer Konkurrenz zwischen Besitzesrechts- und Eigentumsansprüchen (109).

Verschiedene Klagegründe und zufolge der "Zweigliedrigkeit" des Streitgegenstands nicht identische Prozessgegenstände sind dagegen gegeben, wenn der gleiche Betrag sowohl mit einem Kaufvertrag als auch mit einem über den Kaufpreis ausgestellten Wechsel begründet werden kann (110). Denn der vertragliche Anspruch wird durch ein anderes tatsächliches Geschehen erfüllt als der Wechselanspruch, mögen auch beide Begründungshandlungen zeitlich eng beieinanderliegen (111).

Zwei Anspruchsgründe sind auch anzunehmen, wenn der Kläger die begehrte Leistung aus zu verschiedenen Zeiten abgegebenen Schenkungsversprechen (oder Bürgschaften etc.) beanspruchen kann, da jedes Schenkungsversprechen für sich allein den Schenkungs-

104) BGE 64 II 264.

105) BGE 64 II 270.

106) Aufgrund seines andern Ausgangspunktes anders Schwander 209ff. (Ziff. 14ff.).

107) Zur diesbezüglichen Konkurrenz v. Tuhr/Peter 137; Meier-Hayoz, N 53 zu Art. 641 ZGB.

108) Ebenso Jauernig, StG 46f.; ders., ZPR § 37 VIII 1 (S. 129).

109) Im gleichen Sinne Kummer, Klagerecht 108. - Wegen der unterschiedlichen Wirkungen verhält es sich dagegen bei einer "Konkurrenz" zwischen Besitzesschutz- und Besitzesrechtsansprüchen anders. Hier sind verschiedene Streitgegenstände anzunehmen.

110) Vgl. zu diesem Beispiel auch hinten § 14 I.

111) Gleich Henckel, Parteilehre 266/267.

anspruch zur Entstehung gelangen lässt (112).

Um verschiedene Anspruchsgründe handelt es sich auch, wenn der Kläger seine Forderung vorerst aus eigenem Recht herleitet, hernach aber dazu übergeht, sie mit einer zedierten Drittforderung zu belegen. Die Forderung aus der Zession beschlägt einen Sachverhalt, der erst eintrat, als die aus eigenem Recht begründete Forderung sich bereits verwirklicht hatte; beide Anspruchstatbestände nehmen damit auf ein anderes zeitliches Geschehen Bezug (113).

Ebenso zu entscheiden ist, wenn vorerst die Verurteilung des Beklagten zur Gegenleistung aus einem (zweiseitigen) Vertrag verlangt wird, sich im Verfahrensverlauf jedoch die Ungültigkeit des Vertrags herausstellt. Hier liegt ein anderer Klagegrund vor, wenn nunmehr die Beurteilung allfälliger Schadenersatzansprüche aus "culpa in contrahendo" begehrt wird, da der Sachverhalt, der diese Anspruchsrechte betrifft, durch einen anderen Tatsachenkomplex ausgefüllt wird als ein "Gegenleistungsanspruch" (114).

Zur Verdeutlichung des Gemeinten sei schliesslich noch folgendes umstrittenes Beispiel angeführt: Ein Kläger klagt seine vermeintliche Kaufpreisforderung ein. Im Prozess stellt sich heraus, dass der Kaufvertrag ungültig, die bereits gelieferte Ware aber nicht mehr rückerstattbar ist. Verschiedentlich wird in diesem Fall angenommen, der Klagegrund umfasse auch allfällige Bereicherungsansprüche (Art. 62ff. OR) (115). Dem ist indessen nicht beizupflichten, da

112) A.A. Guldener, ZPR 201.

113) Im Ergebnis gleich Blomeyer, FS Lent 76f.; teilweise anders Guldener, ZPR 201 Anm. 46.

114) Vgl. zum rechtsrelevanten Zeitausschnitt Bühler-Reimann Th., Zum Problem der "culpa in contrahendo", SJZ 75, 360f.. Zu einem andern Ergebnis gelangt Habscheid, StG 215 (bei und in Anm. 35).

115) Z.B. Habscheid, StG 215; ders., SJZ 74, 220; Thomas/Putzo, Einl. II 7 c (S. 11/12); vgl. auch BGE 90 II 34.

der Tatbestand des "Kaufpreisanspruchs" nicht durch das gleiche Geschehen erfüllt wird wie der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Erweist sich der Kaufvertrag als ungültig, so entsteht nicht ein Bereicherungs-, sondern vorerst ein Vindikationsanspruch des Klägers auf Herausgabe der Kaufsache (116) (117). Allfällige bereicherungsrechtliche Ansprüche gelangen erst zur Entstehung, wenn die hingegebene Sache zerstört oder verbraucht wird oder aus einem andern Grund (z.B. bei Erwerb durch einen gutgläubigen Dritten) nicht mehr herausgegeben werden kann. Durch die Handlung, die eine Rückgabe verunmöglicht und welche die bereicherungsrechtlichen Ansprüche entstehen lässt, wird aber der "Kaufpreisanspruch" nicht berührt, da er bereits vorher zur Entstehung gelangt ist; der vertragliche Anspruchstatbestand nimmt damit aber auf ein anderes tatsächliches Geschehen Bezug (118).

Damit ist der Streitgegenstand des Leistungsprozesses bestimmt. Er wird gebildet durch den Antragsinhalt und den Anspruchsgrund. Sind beide Elemente identisch, so ist es auch der Streitgegenstand. Verschiedene Streitgegenstände liegen dagegen vor, wenn sich zwei Ansprüche hinsichtlich ihres Antrags oder ihres Klagegrunds unterscheiden.

Nur in Ausnahmefällen steht trotz der Gleichheit von Antrag und Klagegrund nicht der nämliche Streitgegenstand zur Beurteilung. Dies trifft etwa dann zu, wenn eine schuldhaft e Handlung zu einer Körper-

116) Art. 641 Abs. 2 ZGB; Guhl/Merz/Kummer 207/208; v. Tuhr/Peter 475.

117) Hierin unterscheidet sich dieser Fall vom vorgenannten Beispiel des nichtigen Darlehensvertrags.

118) Verschiedene Streitgegenstände nehmen in diesem Fall auch an: Kummer, ZBJV 102, 10ff.; ders., Prozessrecht 144; Blomeyer, FS Lent 68ff.; Lent, ZZP 65, 352ff.; Henckel, Parteilehre 265f.; Rimmelspacher, mat. Anspruch 338f. (verschiedene "Rechtspositionen").

verletzung geführt hat, woraus Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche in gleicher Höhe entstanden sind. Trotz Gleichheit von Antrag und Klagegrund sind verschiedene Streitgegenstände anzunehmen, da diese materiellen Ansprüche der Befriedigung verschiedener Interessen dienen (119).

119) Dieser Fall wird denn auch von allen Streitgegenstandstheorien im gleichen Sinn behandelt. Vgl. statt aller Walder, Handbuch 271/272 (Beispiel 87); Habscheid, StG 218ff.
- Vgl. dazu auch hinten § 14 IV.

§ 8 Der Streitgegenstand der Feststellungsklage

I. Einleitendes

Die herrschende Lehre unterscheidet zwischen "individualisierten" und "nicht individualisierten" Feststellungsklagen, d.h. zwischen Klagen, deren Gegenstand allein durch das Rechtsbegehren bestimmt ist, und solchen, bei denen zusätzlich auf den Klagegrund abzustellen ist (1)(2). Eine starke Minderheit lehnt dagegen diese Unterscheidung ab und grenzt den Streitgegenstand aller Feststellungsklagen nach den für die Leistungsklagen gültigen Kriterien ab (3). Das Bundesgericht hat die Frage nach dem Bestehen individualisierter Feststellungsklagen bislang offengelassen(4)(5).

-
- 1) So Guldener, FS Pfenninger 79 Anm. 1; ders., ZPR 198ff.; Kummer, Klagerecht 72ff.; ders., Prozessrecht 109; Balmer 420ff.; Sträuli/Messmer, N 8 zu § 61; Binkert 14; Meyer 26; ebenso die h.L. in Deutschland: Nikisch, StG 22ff., 27ff., 75ff., 121ff.; ders., ZPR § 42 II 1 (S. 164), § 106 I 2 (S. 414); ders., AcP 154, 294f.; Lent, ZJP 65, 327f.; Henckel, Parteilehre 282ff.; Blomeyer, ZPR § 40 V 2 (S. 203); Bernhardt, § 29 IV 2 (S. 186f.); Grunsky, § 5 III 1 (S. 35); Zöllner/Degenhart, Einl. IV 4 c(2) (S. 5); Jauernig, StG 70ff.; ders., ZPR § 37 VIII 3 (S. 130f.); Baumgärtel, JuS 1974, 75; Zeiss, § 44 IV 2 (S. 119); Bruns, ZPR Rn. 139 d (S. 190).
 - 2) Die erwähnte Terminologie ist hauptsächlich in der schweizerischen Zivilprozessrechtslehre gebräuchlich.
 - 3) So Habscheid, StG 191ff., 205; ders., droit judiciaire 246; Thorens, l'objet du litige 41ff., 46f.; ders., la cause 197; Leuch, Komm. ZPO N 11 d zu Art. 192 (S. 213); Lutz, N 3 c zu Art. 176 (S. 118); Meier 57 (für die Kantone BE, LU, OW, ZG, SO, VS). Im deutschen Recht: Lücke, JZ 1960, 204; Donau, JR 1960, 207; Schönke/Kuchinke, § 39 I (S. 175); Arens, StG 20ff.; ders., ZPR Rn. 165 (S. 105); Kion 151; vgl. auch Brox, JuS 1962, 126; Thomas/Putzo, Einl. II 7 c dd (S. 11). - Für Oesterreich: Holzhammer 173. - Hinsichtlich des Entscheidungsgegenstands im Ergebnis gleich auch Schwab, StG 174ff.; Bruns, FS Schmidt-Rimpler 254 Anm. 40; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 VI 5b (S. 1324).
 - 4) Vgl. BGE 97 II 396.
 - 5) Der herrschenden Lehre folgt das Kassationsgericht des Kantons Zürich (SJZ 61, 114; vgl. auch ZR 70 Nr. 125 (S. 340f.)).

Bevor daher geprüft werden kann, wie der Streitgegenstand der Feststellungsklage zu fassen ist, ist zu klären, ob hiebei zwischen individualisierten und nicht individualisierten Rechtsbegehren zu unterscheiden ist.

II. Zur Frage der individualisierten Feststellungsbegehren

A. Begehren auf Feststellung eines absoluten Rechts

Als durch das Rechtsbegehren allein bestimmt ist der Streitgegenstand nach der herrschenden Lehre einmal bei (Feststellungs-)Klagen, die sich auf ein absolutes Recht (Eigentum, Nutzniessung etc.) beziehen (6). Begründet wird dies mit der Besonderheit dieser Rechte, die es, im Gegensatz zu den relativen Rechten, ausschliessen, dass dem nämlichen (behaupteten) Subjekt ein zweites gleiches Recht zur selben Zeit aus einem andern Entstehungsgrund zustehen könne; entschieden werde daher über das im Antrag bezeichnete absolute Recht als solches (7).

Unbestreitbar ist, dass die absoluten Rechte zu ihrer Individualisierung des Entstehungsgrunds nicht bedürfen, weil aus ihrer Natur folgt, dass sie sich nur aus einem Entstehungsgrund verwirklichen können. So ist es ausgeschlossen, dass jemand zu-

6) Zu einer Ausnahme sieht man sich bei der Feststellung eines Pfandrechts gezwungen, indem hier zur Individualisierung zuzätzlich auf den Rang oder die zu sichernde Forderung zurückgegriffen werden muss. Vgl. z.B. Kummer, Klagerecht 71.

7) Dazu eingehend Nikisch, StG 22ff., 27ff., 75ff., 121ff.; Henckel, Parteilehre 283ff.. - Vgl. auch Jauernig, StG 70f., dessen Begründung, dies erkläre sich aus dem Unterschied der Feststellungsklage zur Leistungs- und Gestaltungsklage, schon deshalb nicht überzeugt, weil - wie auch Jauernig (StG 72)

gleich aus Vertrag und Erbschaft Eigentümer einer bestimmten Sache sein kann, wogegen etwa eine Ehescheidung aus mehreren Gründen kumulativ begehrt werden kann (8). So betrachtet erscheint der Antrag "Es sei festzustellen, dass der Kläger Eigentümer des Klaviers X. ist." individualisiert, d.h. es braucht zur Bestimmung des materiellen Rechts nicht auf den Klagegrund zurückgegriffen zu werden. Fraglich ist aber, ob diese "materiellrechtliche" Betrachtungsweise auch aus prozessualer Sicht überzeugt.

Die Schlüssigkeit dieser Argumentation wird schon dadurch beeinträchtigt, dass allgemein angenommen wird, bei einer Klage um Zusprechung von Eigentum (Art. 656 Abs. 2, 665 ZGB) handle es sich um eine nicht individualisierte Klage (9). Käme es jedoch darauf an, ob sich ein materielles Recht einmal oder mehrmals verwirklichen kann, müsste auch diesfalls eine individualisierte Klage befürwortet werden, weil ja auch das Eigentum nur aus einem Grunde zugesprochen werden kann. Indem diese Konsequenz aber nicht gezogen wird, ergeben sich sachlich kaum zu rechtfertigende Unterschiede. So ist es, folgt man der herrschenden Lehre, keine Klageänderung, wenn der Kläger seine Eigentumsfeststellungsklage zuerst damit begründet, das Eigentum stehe ihm aufgrund eines Kaufvertrags zu, hernach aber dazu übergeht, sein Eigentum mit einer Erbschaft zu belegen (10). Anders verhält es sich

annimmt - auch nicht individualisierte Feststellungsklagen möglich sind.

8) Guldener, ZPR 384; vgl. auch Bühler, Berner Kommentar, Die Ehescheidung (Art. 137-144 ZGB), Einl. N 56f.; Hinderling 98f.

9) Kummer, Klagerecht 70. - Zumeist wird dies nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber daraus, dass individualisierte Begehren nur im Rahmen der Feststellungsklagen anerkannt werden. Bei einer Klage um Zusprechung von Eigentum handelt es sich aber um eine Gestaltungsklage (vgl. Walder, Handbuch 247; Guldener, ZPR 212; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Grundeigentum I (Art. 655-679 ZGB), N 99 zu Art. 656, N 16 zu Art. 665; vgl. auch Kummer, Klagerecht 70 ("mitenthaltene Eigenschaft als Leistungsklage")).

10) Statt vieler: Guldener, ZPR 198, 235; Nikisch, StG 123.

bei einer Klage um Zusprechung von Eigentum; hier bewirkt ein Wechsel des Klagegrunds eine Klageänderung. Desgleichen steht einer zweiten Klage, die einen andern Erwerbsgrund anführt, im ersten Fall die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen, im zweiten dagegen nicht. Entscheidend wirkt sich der Unterschied aber bei der materiellen Rechtskraft aus: Wird die Eigentumsfeststellungsklage abgewiesen, so verhindert die materielle Rechtskraft eine zweite Klage, die auf einen andern Klagegrund gestützt wird. Eine zweite Klage auf Zusprechung des Grundeigentums ist dagegen zulässig, wenn sie auf einem andern Anspruchsgrund beruht (11).

Uebersehen wird bei dieser Begründung aber auch die Verschiedenheit in der Betrachtungsweise zwischen dem materiellen und dem prozessualen Recht. Während das materielle Recht von b e s t e h e n d e n Rechten ausgeht, kann sich der Streit im Zivilprozessverfahren nur um b e h a u p t e t e Rechte drehen (12). Daher kann im Prozess sehr wohl um mehrere Entstehungsgründe auch dann gestritten werden, wenn - materiellrechtlich gesehen - ein Recht nur aus einem Entstehungsgrund hergeleitet werden kann. Die Begründung der herrschenden Lehre ist aber allein von der materiellrechtlichen Sicht her aufgebaut. Diese braucht aber prozessual nicht unbedingt zu befriedigen.

Dass nicht einfach um das im Antrag bezeichnete (absolute) Recht als solches gestritten wird, verdeutlicht folgendes Beispiel (13): A klagt auf Feststellung seines Eigentums an einem wertvollen Ring, den er von C als Geschenk erhalten haben will. C

11) Ausdrücklich Kummer, Klagerecht 70.

12) Vgl. vorn § 7 II B 1.

13) Aehnliche Beispiele finden sich bei Habscheid, StG 197; ders., droit judiciaire 246.

bringt demgegenüber vor, er habe A den Ring nur zum Tragen überlassen, da er ihn, wie er anhand der Korrespondenz mit B beweisen könne, von B selbst nur zu diesem Zweck erhalten habe. Die Klage von A wird abgewiesen und erwächst in Rechtskraft. Danach vernimmt A, dass B, dessen Alleinerbe er ist, vor dem für die Urteilsfällung massgebenden Zeitpunkt (14) gestorben ist. Ist in diesem Fall über das Eigentum als solches entschieden, wie die herrschende Lehre annimmt, so scheitert eine zweite Eigentumsfeststellungsklage an der materiellen Rechtskraft, die A deshalb anstrengen möchte, weil C sich nun seinerseits als Eigentümer rühmt (z.B. mit der Begründung, es sei mit B vereinbart gewesen, dass er den Ring bei dessen Ableben behalten könne); dies, obwohl der Erbfall weder den Parteien noch dem Gericht bekannt gewesen ist und darüber daher auch nicht verhandelt werden konnte (15) (16). Variiert man dieses Beispiel und nimmt an, der Ring sei in den Besitz von C gelangt, so wäre A auch mit einer Herausgabeklage ausgeschlossen, da das Ersturteil rechtsverbindlich festgestellt hat, dass er in dem für die Urteilsfällung massgebenden Zeitpunkt nicht Eigentümer war. Wie wenig angebracht die Vorstellung ist, im Prozess zwischen A und C werde auch über den Ring als "Erbschaftsstück" entschieden, erhellt die Tatsache, dass niemand im Führen dieses Prozesses eine konkludente Erbschaftsannahme (wegen Einmischung in die Erbschaftsangelegenheiten im Sinne von Art. 571

14) Dieser Zeitpunkt ist von den kantonalen Prozessgesetzen unterschiedlich festgelegt. Vgl. Guldener, ZPR 377 Anm. 62.

15) So statt vieler Guldener, ZPR 200 Anm. 43; Kummer, Klagerecht 72/73.

16) Von der Ausgestaltung des kantonalen Prozessrechts hinge es alsdann ab, ob diesfalls eine Korrektur mittels einer Revision möglich wäre. Verneinend für den Kanton Genf Thorens, l'objet du litige 45. - Es scheint aber fraglich, ob die Revision dazu dient, die Ergebnisse einer Streitgegenstandstheorie zu korrigieren.

Abs. 2 ZGB) erblickt, mit der Folge, dass A die Möglichkeit der Erbausschlagung (Art. 566ff. ZGB) für den Fall verlöre, dass der Ring das einzige Aktivum einer ansonsten überschuldeten Erbschaft darstellte. Eine "Einmischung" wäre aber sicherlich anzunehmen, wenn auch über den Klagegrund "Erbschaft" verhandelt und entschieden worden wäre.

Zumindest im Bereich der Feststellungsbegehren über absolute Rechte ist daher die Annahme "individualisierter" Klagen abzulehnen. Entschieden wird auch hier nicht über ein absolutes Recht als solches, sondern nur im Rahmen des vom Kläger abgesteckten Klagegrunds. Die mit dieser Lösung verbundene Gefahr, dass der Kläger seine Klage vorerst nur auf einen bekannten Klagegrund stützt, um einen zweiten für eine allfällig notwendige spätere Klage aufzusparen, besteht wohl nur theoretisch, weil es im Interesse des Klägers liegt, alles daran zu setzen, um nicht kostenpflichtig abgewiesen zu werden (17).

B. Begehren auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses

Als individualisiert gelten sodann Klagen, die die Feststellung eines Rechtsverhältnisses betreffen, da hiebei im Klageantrag das Rechtsverhältnis zu bezeichnen sei, ansonsten das Begehren unverständlich bliebe (18).

Auch diese Begründung vermag nicht zu überzeugen.

17) Eine Beeinträchtigung der Rechtsgewissheit bei gutgeheissener (positiver) Eigentumsfeststellungsklage ist mit dieser Lösung entgegen der Befürchtung von Kummer (Klagerecht 73) nicht verbunden, weil auch so gewährleistet ist, dass das Eigentum des Klägers nicht wieder in Frage gestellt werden kann.

18) Vgl. z.B. Kummer, Klagerecht 71.

Erhebt der Kläger etwa das Begehren "Es sei festzustellen, dass zwischen ihm und dem Beklagten ein Gesellschaftsverhältnis bestehe.", so nimmt der Klageantrag zwar auf das festzustellende Rechtsverhältnis Bezug, aber zur Festlegung des Streitgegenstands bedarf es gleichwohl der Klagebegründung. Denn es ist ja ohne weiteres denkbar, dass zwischen den Prozessparteien mehrere Gesellschaftsverhältnisse bestehen. Alsdann lässt sich erst anhand der Klagebegründung entscheiden, um welches Verhältnis der Streit geführt wird. Aber selbst wenn dies nicht der Fall ist, wird nicht generell um das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen den Prozessparteien gestritten. Sind zwischen den Parteien zwei Gesellschaftsverträge mit unterschiedlichen Wirkungen abgeschlossen worden, die derart miteinander verknüpft sind, dass der zweite nur gelten soll, wenn sich der erste aus irgendeinem Grund (z.B. wenn ihm bestimmte Dritte nicht zustimmen) nicht verwirklichen sollte, so kann das Feststellungsinteresse wegen der unterschiedlichen Wirkungen möglicherweise nur bezüglich eines Gesellschaftsvertrags vorliegen. Wird daher die auf den Gesellschaftsvertrag 1 gestützte Klage mit der Begründung abgewiesen, ein Gesellschaftsverhältnis bestehe nicht, weil die das Zustandekommen des Vertrags bedingenden Voraussetzungen nicht eingetreten seien, so kann der Kläger - das Feststellungsinteresse vorausgesetzt - nicht gehindert sein, das gleiche Begehren erneut zu stellen und sich auf den zweiten Gesellschaftsvertrag zu berufen.

Freilich soll der herrschenden Lehre nicht unterstellt werden, ihre Ausführungen seien auf solche Beispiele gemünzt. Diese Fälle zeigen aber, dass

eine Unterscheidung danach, ob das zu beurteilende Rechtsverhältnis bereits im Antrag enthalten sein muss oder nicht, kaum befriedigt.

Worum es der herrschenden Lehre in Wirklichkeit geht, sei an einem Beispiel veranschaulicht. Ein Kläger klagt auf Feststellung, dass der zwischen ihm und dem Beklagten am 17. Juni 1979 abgeschlossene Mietvertrag gültig sei. Kann der Beklagte nach Gutheissung dieser Klage seinerseits eine negative Feststellungsklage anstrengen und mit der Behauptung durchdringen, der Mietvertrag sei deshalb ungültig, weil es ihm - wie er neu vorbringe - am (vereinbarten) konstitutiven Erfordernis der Schriftlichkeit mangle ? In Uebereinstimmung mit der einhelligen Lehre ist diese Frage sicherlich zu verneinen. Treffend begründet dies Kummer: "Die Rechtsordnung stellt dem Kläger die Feststellungsklage zu dem Behufe zur Verfügung, dass ihm über eine streitige Rechtsbeziehung ein für allemal Rechtsgewissheit werde.(...).Eine Halbheit wäre es jedoch, wenn er bei zugesprochener Klage immer wieder erneut für diese nämliche Rechtsbeziehung zur gerichtlichen Auseinandersetzung antreten müsste, nur weil der Beklagte mit andern Sachbehauptungen (aus der Zeit vor dem Urteil) aufrückt. Die Feststellungsklage wäre damit schlechthin ausserstande, Rechtsgewissheit herbeizuführen." (19).

Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, braucht aber nicht zwischen individualisierten und nicht individualisierten Klagen unterschieden zu werden. Dieses Resultat hängt auch nicht damit zusammen, dass das Rechtsverhältnis im Antrag genannt und die Klage daher "individualisiert" ist. Vielmehr ergibt sich dies daraus, dass der Klagegrund, wie noch zu zeigen sein wird, notwendigerweise alle Einzeltatsachen, die die Gültigkeit des Vertrags beschlagen, zu einer

19) Klagerecht 73.

Einheit zusammenfasst. Insofern lässt sich sagen, es werde über die Gültigkeit des Vertrags als solche entschieden. Aus diesem Grunde ist der Beklagte auch gehalten, alle gegen die Gültigkeit sprechenden Gründe vorzubringen, ansonsten er damit ausgeschlossen ist; denn eine zweite Klage würde dann ja um den nämlichen Klagegrund geführt.

Es besteht daher keine Veranlassung, innerhalb der Feststellungsklagen zwischen "individualisierten" und "nicht individualisierten" Klagen zu unterscheiden. Der Streitgegenstand der Feststellungsklage ist vielmehr - wie jener der Leistungsklage - mittels Antrag und Klagegrund zu bestimmen.

III. Die Bestimmungselemente des Streitgegenstands

A. Der Antrag

Hinsichtlich des Antragsinhalts ergeben sich dem Grundsatz nach keine Abweichungen von der Leistungsklage. Nebst der Rechtsschutzform enthält auch der Klageantrag der Feststellungsklage eine Rechtsfolge (20).

Der zulässige Umfang der feststellbaren Rechtsfolgen (positiv formuliert bei der positiven, negativ formuliert bei der negativen Feststellungsklage) wird damit - wie bei der Leistungsklage - durch das mate-

20) Kummer, Prozessrecht 102. - Zum Ausnahmefall der Feststellung der Echtheit einer Urkunde vorn § 6 Anm. 15; Guldener, ZPR 209. - "Atypisch" ist auch eine Feststellungsklage über die Rechtsnatur eines unbestritten gültigen Vertrags ("Es sei festzustellen, dass der zwischen den Parteien am 1. Juli 1979 abgeschlossene Vertrag ein Mietvertrag sei."), da es hierbei genau besehen um die Entscheidung einer Rechtsfrage geht. Vgl. dazu Kummer, Klagerecht 71.

rielle Recht bestimmt (21) (22) (23).

B. Der Klagegrund

1. Bei der positiven Feststellungsklage

Auch bei der Abgrenzung des Klagegrunds bei der positiven Feststellungsklage behält sich eine am materiellen Recht orientierte Betrachtungsweise. Mit der entsprechenden Anpassung an die unterschiedlichen Fallgestaltungen bei der Feststellungsklage können dabei die bei der Leistungsklage entwickelten Grundsätze übernommen werden (24).

a) Bei Inhalten, die auch Gegenstand einer Leistungsklage bilden könnten, ist der Klagegrund nach den gleichen Kriterien zu bestimmen wie bei der Leistungsklage (25). Verlangt der Kläger daher beispielsweise die Feststellung (26), dass der Beklagte ihm Fr. 5000.- schulde, weil er diesen Betrag beim Beklagten "hinterlegt" habe, so erfasst der Klagegrund das Geschehen um die (behauptete) Hingabe des Geldes unter der (behaupteten) Verpflichtung zur Rückgabe. Zufolge des einheitlichen Klagegrunds hat das Gericht daher nicht nur allfällige vertragliche

21) Vgl. dazu vorn § 6 II B 1 a.

22) Zu den möglichen Feststellungsinhalten im einzelnen Kummer, Prozessrecht 102.

23) Eine andere, für die Bestimmung des Streitgegenstands unerhebliche Frage ist, ob das Bundesrecht bei Rechtsfolgen, die sich aus dem Bundeszivilrecht herleiten, auch über das für die Zulässigkeit der Feststellungsklage geforderte Feststellungsinteresse (Rechtsschutzinteresse) bestimmt. Vgl. zu dieser Frage Walder, Handbuch 243f. (mit weiteren Verweisungen); BGE 101 II 187.

24) Vgl. hiezu § 7 III B 2 b dd.

25) Dem Grundsatz nach ebenso Kummer, Klagerecht 69; Thomas/Putzo, Einl. II 6 c bb (S. 10); Zeiss, § 44 IV 2 a (S. 119).

26) Das Feststellungsinteresse wird in diesem und in den folgenden Beispielen vorausgesetzt.

Ansprüche (aus Hinterlegung, Darlehen etc.) zu prüfen, sondern der Klage ist auch dann stattzugeben, wenn sich herausstellt, dass gar kein Vertrag zustande gekommen ist, dieser Geldbetrag aber aus bereicherungsrechtlichen Bestimmungen geschuldet ist. Denn hiebei handelt es sich um den gleichen Klagegrund (27) und wegen der Identität der Rechtsfolgen auch um den nämlichen Streitgegenstand.

Am Umfang des Klagegrunds ändert sich auch dann nichts, wenn der Kläger seinen Anspruch als Vertragsanspruch bezeichnet und ihn in knappster Form in den Antrag aufnimmt. Klagt der Kläger z.B. auf Feststellung, dass der Beklagte ihm aus dem Vertrag X. Fr. 5000.- schulde, hat das Gericht darüber zu befinden, ob dem Kläger aus dem Sachverhalt, den er abkürzend als "Vertrag X." benennt, die beanspruchten Fr. 5000.- zustehen. Erweist sich, dass gar kein "Vertrag X." besteht, der nämliche Sachverhalt aber Ansprüche mit identischen Rechtsfolgen deckt (z.B. ausservertragliche Ansprüche (Art. 41ff. OR), so hat das Gericht wegen der Gleichheit des Verfahrensgegenstands auch darüber zu entscheiden (28).

b) Betrifft die Feststellungsklage das gültige Zustandekommen eines Rechtsverhältnisses (z.B. Gültigkeit eines Vertragsverhältnisses, Gültigkeit der Eheschliessung), und begehrt der Kläger die Feststellung des Bestehens dieses Verhältnisses ("Es sei festzustellen, dass die zwischen den Parteien geschlossene Ehe gültig sei."), umfasst der Klagegrund notwendigerweise alle vom materiellen Recht geforderten Gültigkeitserfordernisse. Denn

27) Vgl. vorn § 7 III B 2 b dd.

28) Hinten zu behandeln ist die Frage, ob der Kläger die Beurteilung der Klage bei ausdrücklicher Erklärung auf die vertraglichen Ansprüche beschränken kann.

gutgeheissen werden kann die Klage ja nur, wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind, so dass deren Vorliegen vom Kläger zumindest implizit behauptet sein muss. Da demnach alle die Gültigkeit be-
schlagenden Einzelerfordernisse (Formrichtigkeit, Handlungsfähigkeit, Konsens etc.) eine untrennbare Einheit bilden (29), lässt sich sagen, es werde über die Gültigkeit des Rechtsverhältnisses als solche entschieden (30).

c) Ist strittig, ob zwischen den Parteien überhaupt ein Rechtsverhältnis besteht, erfasst der (einheitliche) Klagegrund jenen Sachverhaltsausschnitt, auf den das materielle Recht zur Verwirklichung eines solchen Rechtsverhältnisses abstellt. Deshalb handelt es sich um verschiedene Klagegründe, wenn der Kläger das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses vorerst mit dem "Gesellschaftsvertrag 1" begründet, hernach aber mit dem "Gesellschaftsvertrag 2". Wird der Kläger daher mit einer auf den "Gesellschaftsvertrag 1" gestützten Klage abgewiesen (etwa weil sich herausstellt, dass dieser Tatsachenkomplex als partiarisches Darlehen zu qualifizieren ist), ist er nicht gehindert, eine zweite (gleichlautende) Klage mit dem "Gesellschaftsvertrag 2" zu belegen. Denn jeder dieser Sachverhalte vermag - vom materiellen Recht her betrachtet - das Gesellschaftsverhältnis selbständig zu begründen.

Entsprechend verhält es sich auch hinsichtlich einer Klage auf Feststellung eines absoluten Rechts. Wird die angestrebte Eigentumsfeststellungsklage abgewiesen, weil der vom Kläger behauptete vertragliche

29) Nicht zulässig ist eine Feststellungsklage über das Bestehen eines Gültigkeitserfordernisses. Vgl. Kummer, Prozessrecht 102f.

30) Zu den sich daraus ergebenden Folgerungen hinten § 15 IIIA (2).

Eigentumserwerb nicht zustande gekommen ist, ist eine zweite Eigentumsfeststellungsklage hinsichtlich des gleichen Gegenstands gestützt auf einen andern Erwerbsgrund (z.B. aus Erbschaft) nicht ausgeschlossen, selbst wenn sich dieser Erwerbsgrund vor dem für die Urteilsfällung massgebenden Zeitpunkt verwirklicht hat.

2. Bei der negativen Feststellungsklage

a) Der Streitgegenstand (und damit auch der ihn mitbestimmende Klagegrund) der negativen Feststellungsklage kann letztlich nur im Vergleich mit der positiven Feststellungsklage festgelegt werden. Dies folgt aus der allgemein anerkannten Gleichheit der Urteilstwirkungen: Die Guttheissung einer positiven Feststellungsklage erzeugt die gleiche Wirkung wie die aus sachlichen Gründen abgewiesene negative Feststellungsklage, die abgewiesene positive Feststellungsklage besagt dasselbe wie die gutgeheissene negative Feststellungsklage (31). Dem ist schon deshalb zuzustimmen, weil eine gegenteilige Ansicht, wie noch zu zeigen ist, zu einer sachlich nicht gerechtfertigten unterschiedlichen Stellung des Beklagten führt.

b) Zielt die (negative) Feststellungsklage auf die Verneinung einer Schuldspflicht ("Es sei festzustellen, dass der Kläger dem Beklagten aus dem Vertrag X. nichts (mehr) schulde.") (32),

31) Statt vieler: Kummer, Klagerecht 81; Schwab, StG 175ff.; Nikisch, StG 124, dessen Kritik aber die hier vertretene Auffassung nicht betrifft, weil auch nach der hier vertretenen "zweigliedrigen" Streitgegenstandsauffassung keine Diskrepanz zwischen den Urteilstwirkungen beider Urteilsarten eintritt.

32) Vgl. Walder, Handbuch 274 (Beispiel 91). - Zu Unrecht nimmt Walder aber an, nach der h.L. handle es sich diesfalls um

ist der Klagegrund gleich abzugrenzen wie bei einer entsprechenden positiven Feststellungsklage ("Es sei festzustellen, dass der Beklagte dem Kläger aus dem Vertrag X. Fr. 1000.- schulde." (33)). Hält das Gericht daher beispielsweise den Vertrag für nichtig (34), darf es der Klage erst stattgeben, wenn es geprüft hat, ob sich aus dem Geschehen, das einen vertraglichen Anspruch hätte begründen können, nicht andere Ansprüche mit identischer Rechtsfolge (z.B. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung) ergeben (35). Denn mit deren Geltendmachung ist der Beklagte - wie bei der positiven Feststellungsklage - nach Gutheissung dieser Klage ausgeschlossen. Nicht gehindert ist der Beklagte hingegen, nach Gutheissung der negativen Feststellungsklage den gleichen Forderungsbetrag gestützt auf Ansprüche aus "culpa in contrahendo" zu begehren, da es sich hierbei um verschiedene Klagegründe (und demnach auch um verschiedene Streitgegenstände) handelt (36).

Analog verhält es sich bei der als negative Feststellungsklage konzipierten (37) Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), deren Inhalt ja auch

eine "individualisierte" Feststellungsklage. Dies wäre, folgt man dieser Unterteilung, nur richtig, wenn (rechtskräftig) über das Bestehen bzw. Nichtbestehen des Vertragsverhältnisses entschieden würde. Im Beispielsfall trifft dies aber nicht zu, da hiezum nur in den nicht rechtskräftigen Entscheidungsgründen Stellung zu nehmen ist. Soweit - wie Walder annimmt - das Nichtbestehen der Schuldspflicht mit der Ungültigkeit des Vertrags begründet wird, dürfte die Feststellungsklage in dieser Form mangels Feststellungsinteresses nicht zulässig sein, kann der Kläger doch in diesem Fall unmittelbar die Ungültigkeit des Vertrags feststellen lassen. Vgl. Kummer, Prozessrecht 102f.

33) Für die Abgrenzung des Klagegrunds ist unerheblich, dass die abgewiesene negative Feststellungsklage - im Gegensatz zur gutgeheissenen positiven Feststellungsklage - über die Höhe des geschuldeten Betrags nicht rechtskräftig entscheidet. Vgl. Blomeyer, Berliner FS 66.

34) Was von Amtes wegen zu prüfen ist. Vgl. v. Tuhr/Peter 225.

35) Vgl. vorn § 8 III B 1a.

36) Vgl. § 7 III B 2 b dd.

37) Fritzsche, SchKG I 151; ZR 75 Nr. 33 (S. 106/107).

Gegenstand einer positiven Feststellungsklage oder einer Leistungsklage sein könnte. Wird daher etwa die Aberkennungsklage gutgeheissen, weil sich die beurteilte (abstrakte) Schuldanererkennung als ungültig erwies, hindert dies eine Klage des Aberkennungs-beklagten nicht, die auf den der Schuldanererkennung zugrunde liegenden mündlich abgeschlossenen Vertrag gestützt wird und den nämlichen Forderungsbetrag beschlägt. Denn der vertragliche Anspruchstatbestand nimmt nicht auf den gleichen Sachverhaltsausschnitt Bezug wie jener der Schuldanererkennung (38) (39).

c) Wie der Klagegrund bei einer positiven Feststellungsklage auf Gültigkeit eines Rechtsverhältnisses alle Gültigkeitsvoraussetzungen zu einer Einheit zusammenfasst (40), so erstreckt sich der (einheitliche) Klagegrund bei einer negativen Feststellungsklage, die das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zu ihrem Gegenstand hat, auf alle gegen die Gültigkeit sprechenden Einzelgründe. Eine gegenteilige Ansicht führte dazu, dass der Umfang der Urteilst Wirkungen zwischen einer positiven und einer negativen Feststellungsklage, die beide die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit eines Rechtsverhältnisses betreffen, ungleich wäre. Begehrt der Kläger etwa die Feststellung, dass der zwischen ihm und dem Beklagten am 1. September 1979 abgeschlossene Mietvertrag gültig sei, so stellt die gutgeheissene Klage das Bestehen dieses Rechtsverhältnisses definitiv fest; ausgeschlossen ist der Beklagte daher mit allen nicht vorgetragenen, gegen die Gültigkeit sprechenden Gründen (41).

38) Vgl. vorn § 7 III B 2 b dd.

39) Anders wäre wohl nach der Auffassung von Guldener (ZPR 198 Anm. 38; - ebenso das Kassationsgericht des Kantons Zürich (SJZ 61, 114)) zu entscheiden, wonach die Aberkennungsklage "individualisiert" ist, weil ihr Gegenstand ein bestimmtes (materiellrechtlich) individualisiertes Recht sei.

40) Vgl. § 8 III B 1 b.

41) Vorn § 8 III B 1 b.

Nimmt man bei einer entsprechenden negativen Feststellungsklage dagegen an, dass jeder einzelne Ungültigkeitsgrund einen eigenständigen Klagegrund bildet (42), so wäre die abgewiesene negative Feststellungsklage, die ebenfalls besagt, dass das Rechtsverhältnis besteht, für den in diesem Verfahren Beklagten praktisch ohne Wert, da dann der Bestand immer wieder mit andern, bislang nicht vorgetragenen Ungültigkeitsgründen (z.B. Simulation, Formmängel etc.) in Frage gestellt werden könnte. Eine solche Besserstellung des Klägers im negativen Feststellungsprozess gegenüber dem Beklagten im positiven Feststellungsverfahren ist aber sachlich nicht gerechtfertigt (43). Auch im negativen Feststellungsprozess wird daher über die Ungültigkeit bzw. Gültigkeit des beurteilten Rechtsverhältnisses definitiv entschieden. Nach Abweisung der negativen Feststellungsklage ist der Bestand des Rechtsverhältnisses in gleichem Umfang gesichert wie bei Gutheissung einer entsprechenden positiven Feststellungsklage. Daher ist der Kläger auch hier gehalten, alle gegen die Gültigkeit sprechenden Gründe im selben Prozess vorzutragen, andernfalls er damit ausgeschlossen ist (44). Da der Kläger innerhalb des nämlichen Klagegrunds bleibt, wenn er von einem Ungültigkeitsgrund zu einem andern (oder mehreren) wechselt, liegt diesfalls auch keine Klageänderung vor (45).

42) So z.B. Thorens, l'objet du litige 45; Schwab, StG 172ff. (für den Entscheidungsgegenstand).

43) In diesem Sinne auch Walder, Handbuch 275. Vgl. auch Kummer, Klagerecht 87.

44) Zur Frage der nachträglich entdeckten Willensmängel hinten § 15 Anm. 90.

45) Im Ergebnis gleich das Kassationsgericht des Kantons Zürich (SJZ 61, 114).

§ 9 Der Streitgegenstand der Gestaltungsklage

I. Allgemeines

Im allgemeinen können Gestaltungsrechte durch privatrechtliche Willenserklärung ausgeübt werden (1). Das materielle Recht (2) kennt indes Fälle, bei denen die Gestaltung einer Rechtslage (Begründung, Aenderung oder Aufhebung einer Rechtsbeziehung) nur auf dem Klageweg erfolgen kann (3); der Durchsetzung dieser sog. Gestaltungsklagerechte dient die Gestaltungsklage.

Auf die Bestimmung des Streitgegenstands wirken sich die dogmatischen Besonderheiten dieser Klageart nicht aus. Auch der Verfahrensgegenstand der Gestaltungsklage ist mit Hilfe des Antrags und des Klagegrunds zu individualisieren (4).

II. Die Ausgestaltung der Bestimmungselemente des Streitgegenstands

A. Der Antrag

Der Antragsinhalt wird durch die im materiellen Recht abschliessend aufgezählten Gestaltungs-
klagerechte bestimmt. Er enthält die beantragte

-
- 1) Vgl. Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht (Art. 1 - 17), N 97ff. der Vorbem. vor Art. 1; v. Tuhr/Peter 23ff.
 - 2) In die Betrachtung nicht miteinbezogen werden die prozessualen Gestaltungs-klagen, da zufolge ihrer Eigenart Streitgegenstandsprobleme praktisch ausgeschlossen sind.
 - 3) Vgl. die umfassende Aufzählung der bundesprivatrechtlich statuierten Gestaltungs-klagerechte bei Walder, Handbuch 246f.
 - 4) Aufgrund der hier vorgenommenen prozessualen Betrachtung des Streitgegenstandsproblems braucht zu der namentlich in der

Gestaltung (Auflösung oder Scheidung einer Ehe, Teilung einer Erbschaft, Auflösung einer Gesellschaft etc.) (5).

Hinsichtlich der Feststellung der Gleichheit bzw. Ungleichheit zweier Anträge ergeben sich auch bei der Gestaltungs-klage kaum Probleme.

Besonders anschaulich (6) zeigt sich aber bei der Gestaltungs-klage, dass es zu eng ist, den Streitgegenstand als Rechts- oder Rechtsfolge-behauptung zu definieren und als "Recht" oder "Rechtsfolge" das subjektive (Privat-)Recht auf Gestaltung (als Folge der Verwirklichung eines Gestaltungsgrunds) zu betrachten (7). Denn gestritten wird nicht um die Frage, ob dem Kläger aufgrund eines bestimmten Klagegrunds ein Gestaltungsrecht zusteht, da ja auch bei dessen Bejahen die Ehe noch nicht geschieden und die Gesellschaft noch nicht aufgelöst wäre. Der Antragsinhalt zielt vielmehr auf die - durch das Urteil auszusprechende - Gestaltungswirkung (Auflösung der Ehe etc.) (8).

deutschen Doktrin umstrittenen Frage, ob den Gestaltungs-klagen überhaupt ein subjektives Privatrecht zugrunde liegt (bejahend: Arens, StG 33; Bötticher, Festschrift für Hans Dölle, Bd. I, Tübingen 1963, 54ff.; Schwab, ZJP 81, 423; Schönke/Kuchinke, § 39 I (S. 175); ebenso Guldener, ZPR 211; Kummer, Prozessrecht 103; Hinderling 1; verneinend: Henckel, Parteilehre 31ff., 286f.; Lüke, JuS 1969, 305; Blomeyer, ZPR § 40 V 3 (S. 203); Schlosser 366ff.), nicht Stellung genommen zu werden, da sich diese Frage für die Streitgegenstandslehre nur aktualisiert, wenn - entgegen der hier verfochtenen Theorie - ein (behauptetes) subjektives Privatrecht für den Streitgegenstand gehalten wird. Ebenso auch Schlosser 356.

5) Wegen der engen Verbindung zwischen der Rechtsschutzform und dem Stammrecht (= verwirklichtes Gestaltungsrecht), ist eine Trennung beider Elemente kaum möglich. Vgl. auch Schlosser 360, 365.

6) Dies ist aber keine Besonderheit der Gestaltungs-klage, wie Arens (StG 38) anzunehmen scheint. Denn auch die Leistungsklage erschöpft sich nicht in der blossen Feststellung eines Anspruchsrechts.

7) So u.a. Hellwig, Anspruch 475; Nikisch, AcP 154, 288f.

8) Bötticher, FS Rosenberg 86.

B. Der Klagegrund

1. Allgemeines

Zur Entscheidung der Frage, ob der gleiche oder ein anderer Klagegrund (= tatsächlicher Gestaltungsgrund) vorliegt, ist auch bei der Gestaltungsklage auf die (abstrakten) Tatbestände der materiellen Rechte (= gesetzliche Gestaltungsgründe) zurückzugreifen.

Im Gegensatz zur Leistungs- und Feststellungsklage dürfte es bei der Gestaltungsklage allerdings kaum vorkommen, dass ein Geschehen, das sich anhand des Tatbestands einer Norm als einheitlich erweist, zugleich mehrere inhaltsgleiche Gestaltungsrechte deckt. So erfüllt z.B. ein Ehebruch den (gesetzlichen) Gestaltungsgrund von Art. 137 ZGB (9). Das nämliche Geschehen ist aber nicht zugleich als (besonders schwerwiegendes) ehewidriges Verhalten im Sinne von Art. 142 ZGB zu würdigen; eine "Konkurrenz" ist ausgeschlossen (10). Dadurch ergibt sich bei der Gestaltungsklage eine etwas andere Gewichtung. Im Vordergrund steht die Betrachtung des einzelnen (gesetzlichen) Gestaltungsgrunds, d.h. es ist zu prüfen, ob jedem (gesetzlichen) Gestaltungsgrund ein tatsächlicher Gestaltungsgrund entspricht oder ob eine weitere Gliederung notwendig ist.

9) Vorausgesetzt, die weiteren gesetzlichen Erfordernisse (Einhaltung der Klagfrist, Kausalität (vgl. BGE 98 II 161ff.), keine Verzeihung oder Zustimmung) seien erfüllt.

10) Bühler, Berner Kommentar, Die Ehescheidung (Art. 137-144 ZGB), N 55f. der Einl.; Keller 220; teilweise abweichend Hinderling 99; vgl. auch Henckel, Parteilehre 287 (für das - inzwischen allerdings revidierte - deutsche Recht). - Das deutsche Recht kennt heute nurmehr einen Scheidungsgrund, das Scheitern der Ehe (§ 1565 DBGB); vgl. Arens, ZPR Rn. 165 (S. 105).

Bevor auf diesen Problembereich eingegangen wird, soll noch eine andere Frage behandelt werden. Im Unterschied zu den Leistungs- und Feststellungsprozessen, die praktisch ausschliesslich nach der Verhandlungsmaxime durchgeführt werden (11), gilt in vielen Verfahren, die Gestaltungsrechte betreffen, die Untersuchungsmaxime (12) (13). Es fragt sich daher, ob sich dieser Unterschied auf die Bestimmung des Streitgegenstands auswirkt, wie Jauernig (14) annimmt.

2. Die These Jauernigs

Jauernig vertritt die Ansicht, Streit- und Urteilsgegenstand hängen entscheidend davon ab, ob ein Prozessverfahren nach der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime durchzuführen sei, da dadurch die Kognitionsbefugnis des Gerichts beeinflusst werde (15). Während der Richter in Verfahren mit Verhandlungsmaxime grundsätzlich an den vom Kläger angeführten Klagegrund gebunden sei, treffe dies für Prozesse, bei denen die Untersuchungsmaxime gelte, nicht zu (16). Bei den erstgenannten Verfahren bestimme daher der Klagegrund den Streitgegenstand mit, wogegen dies für die letzteren nicht zutreffe; hier sei allein der Antrag massgebend (17).

Praktisch führte diese Auffassung zu einem

11) Ausnahme bilden die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 5000.- (Art. 343 Abs. 4 OR).

12) Vgl. Guldener, ZPR 170ff.; Walder, Handbuch 201ff.

13) "Untersuchungsmaxime" (Inquisitionsmaxime) wird hier als Gegensatz zu "Verhandlungsmaxime" verwendet. Ebenso auch Kummer, Prozessrecht 77; Habscheid, droit judiciaire 316 Anm.*, 320ff.

14) Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand (1967).

15) StG 6, 10, 22ff., 43ff., 73; vgl. auch ders., ZPR § 37 VIII (S. 129f.).

16) StG 6, 21, 43 u.ö.

17) Jauernig differenziert zwar auch in Verfahren, die der Untersuchungsmaxime folgen, zwischen "selbstabgegrenzten"

doppelten Streitgegenstandsbegriff innerhalb der Gestaltungs-klagen: "Zweigliedrig" wäre er bei Gestaltungs-klagen zu fassen, die in einem Verfahren mit Verhandlungsmaxime beurteilt werden, "eingliedrig" bei den andern.

Mit seiner These ist Jauernig aber zu Recht auf heftige Kritik gestossen (18); denn sie überzeugt weder im Grundsätzlichen noch befriedigen ihre Ergebnisse.

Während die Verhandlungsmaxime besagt, dass es Aufgabe der Parteien ist, den Prozessstoff in das Verfahren einzuführen, statuiert der Untersuchungsgrundsatz auch (19) eine Ermittlungspflicht des Gerichts. Damit wird aber nur geregelt, wem die Beschaffung der tatsächlichen Urteilsgrundlagen obliegt (20). Nicht daraus zu folgern ist hingegen, dass dadurch auch die Grenzen des rechtserheblichen Sachverhalts in unterschiedlicher Weise abgesteckt werden (21). Denn abgesehen davon, dass dem Gericht kein eigener Erkennungsdienst zur Sachverhalts-ermittlung zur Verfügung steht, ist das Gericht auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime nicht verpflichtet, nach Tatsachen zu forschen, die gänzlich ausserhalb der Parteivorbringen liegen (22);

und "fremdabgegrenzten" Anträgen und zieht bei letzteren zur Bestimmung des Streitgegenstands auch den "Lebenssachverhalt" im Sinne Habscheids bei (vgl. StG 51). Da aber bei den Gestaltungs-klagen faktisch nur "selbstabgegrenzte" Anträge vorkommen (vgl. auch Jauernig, StG 54), kann diese Differenzierung bei Betrachtung des Zivilprozessverfahrens (anders im Verwaltungsverfahren) ausser acht gelassen werden.

- 18) Hesselberger 238ff.; Rimmelspacher, mat. Anspruch 209ff.; Habscheid, FamRZ 1971, 297ff.; Kion 149ff.; Yoshimura, ZZP 83, 245ff.; Baumgärtel, JuS 1974, 72ff.; Rosenberg/Schwab, § 96 IV 3 (S. 505f.).
- 19) Die Parteien werden dadurch von der Behauptungspflicht nicht entbunden. Vgl. Guldener, ZPR 168; Wunderlich 57, 68.
- 20) Lücke, Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, 43.
- 21) Rosenberg/Schwab, § 96 IV 3 (S. 506).
- 22) Vgl. Walder, Handbuch 206: "Der Richter wird auch bei ausgedehnter Auffassung von der Bedeutung der Officialmaxime nicht in der Lage sein, Behauptungen in den Prozess einzuführen, an welche die Partei nicht gedacht hat, und er ist nicht verpflichtet, dies zu tun."

Gültigkeit kann der Untersuchungsgrundsatz daher nur im Rahmen des vom Kläger abgegrenzten Klagegrunds haben (23). Eine Dehnung der richterlichen Kognitionsbefugnis bzw. -pflicht ist damit nicht verbunden (24).

Am eindeutigsten wird aber die Auffassung Jauernigs durch die sich daraus ergebenden Konsequenzen widerlegt. So gilt im Ehenichtigkeitsprozess von Bundesrechts wegen die Untersuchungsmaxime (25). Klagt daher ein Ehegatte auf Nichtigkeit der Ehe wegen Geisteskrankheit des Ehepartners zur Zeit der Eheschliessung (Art. 120 Ziff. 2 ZGB), so steht - folgt man Jauernig (26) - einer zweiten Klage selbst dann die materielle Rechtskraft entgegen, wenn im ersten Verfahren der Nichtigkeitsgrund der Bigamie (Art. 120 Ziff. 1 ZGB) weder der klagenden Partei noch dem Gericht bekannt war (27). Wäre dagegen, so lehrt Jauernig weiter, das Verfahren nach der Verhandlungsmaxime durchzuführen gewesen, so stünde einer zweiten, auf den Nichtigkeitsgrund "Bigamie" gestützten Klage nichts im Wege. Dass dieses Ergebnis nicht richtig sein kann, braucht wohl keiner Betonung.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass der Streitgegenstand bei allen Gestaltungs-klagen durch den in den Prozess eingeführten Gestaltungsgrund mitbestimmt wird.

23) Wunderlich 71: "Niemals kann es aber Sinn der Untersuchungsmaxime sein, dass der Richter ziel- und wahllos in den Verhältnissen der Parteien herumschnüffelt. Grenze bildet stets die Disposition der Parteien über den Klagegrund." - Vgl. auch die unter Anm. 18 aufgeführten Autoren; Grunsky, § 5 IV (S. 41).

24) Eine umfassende Sachverhaltsermittlungspflicht durch das Gericht forderte Jonas (DR 1941 (Ausgabe A), 1697ff.) im Hinblick auf die Prozessreform im nationalsozialistischen Deutschland.

25) Art. 136, 158 ZGB; Wunderlich 82.

26) StG 55ff.; ders., ZPR § 37 VIII 2 (S. 130).

27) Zum selben Ergebnis führt eine "eingliedrige" Streitgegenstandsauffassung. Anders - wegen der engeren Umgrenzung des Urteilsgegenstands - Schwab, StG 167ff., 179ff.

3. Die Ausgestaltung des Klagegrunds im einzelnen

a) Es ist das Verdienst von Kummer (28), herausgearbeitet zu haben, dass den (abstrakten) Tatbeständen der materiellen Rechte keine Einheitsvorstellung zugrunde liegt, sondern dass sie teilweise auf ein Einzelereignis, teilweise auf einen "Dauerzustand" (29) Bezug nehmen. Dies gilt namentlich für die Tatbestände der Gestaltungsklagen, d.h. die gesetzlichen Gestaltungsgründe. Entsprechend differenziert fällt daher auch die Ausgestaltung des Klagegrunds aus.

b) Stellt der Gestaltungsgrund auf einen Dauerzustandssachverhalt ab (z.B. "unehrenhafter Lebenswandel" (Art. 139 ZGB), "Geisteskrankheit" (Art. 141 ZGB), "tiefe Zerrüttung" (Art. 142 ZGB) (30), "Verschwendung", "Trunksucht", "Misswirtschaft" (Art. 370 ZGB) (31)), umfasst der (einheitliche) Klagegrund notwendigerweise alle Einzelereignisse, die diesen Zustand betreffen. Denn die Eigenart dieser Tatbestände schliesst eine weitere Gliederung aus. Daher ändert sich der Klagegrund nicht, wenn ein Kläger nachträglich weitere Einzelheiten nachbringt, die sich auf den gleichen Gestaltungsgrund beziehen. Wegen der Gleichheit des Klagegrunds ist andererseits aber auch eine zweite Klage ausgeschlossen, die auf Vorgänge gestützt wird, die sich vor dem ersten Urteil abgespielt haben und unter den gleichen Gestaltungsgrund zu subsumieren

28) Klagerecht 96ff.; vgl. auch Habscheid, StG 208f.

29) Kummer, Klagerecht 97.

30) Vgl. zur Rechtskraft in diesem Fall hinten § 15 III (3).

31) Vgl. die weiteren Beispiele bei Kummer, a.a.O.; zur Testamentsungültigkeitsklage hinten § 9 II B 3 e.

sind (32).

Ein anderer Klagegrund ist in diesen Fällen daher nur anzunehmen, wenn das tatsächliche Geschehen einen andern (gesetzlichen) Gestaltungsgrund ausfüllt.

c) Andererseits sind die (gesetzlichen) Gestaltungsgründe teilweise so gefasst, dass innerhalb des gleichen Gestaltungsgrunds mehrere voneinander unabhängige Tatsachenkomplexe denkbar sind, die je gesondert die beantragte Gestaltung zu begründen vermögen. Alsdann kann der (einheitliche) Klagegrund nicht weiter gespannt sein als zur Erfüllung des gesetzlichen Gestaltungsgrunds notwendig ist. So kann z.B. sowohl ein "entehrendes Verbrechen" als auch das Führen eines "unehrenhaften Lebenswandels" zu einer Scheidung nach Art. 139 ZGB berechtigen. Da beide Gründe unabhängig voneinander die Scheidung herbeizuführen vermögen, ist ihre Selbständigkeit auch im Prozessverfahren anzuerkennen. Das hat etwa zur Folge, dass nach Abweisung einer Ehescheidungsklage, die mit einem entehrenden Verbrechen begründet worden war, eine zweite, auf den andern Grund gestützte Klage zulässig ist.

Grundsätzlich ebenso verhält es sich dann, wenn der Gesetzestatbestand auf "wichtige Gründe" abstellt (33). Auch hier ist es möglich, dass voneinander unabhängige wichtige Gründe vorhanden sind, von denen jeder selbständig die beantragte Rechtsgestaltung zu begründen vermag. Daher handelt es sich um verschiedene Klagegründe (und deshalb auch um verschiedene Streitgegenstände),

32) Gleich Kummer, Klagerecht 97.

33) So z.B. bei Klagen auf Auflösung einer Gesellschaft: Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR (einfache Gesellschaft); Art. 736 Ziff. 4 OR (Aktiengesellschaft); ebenso bei einer Klage auf Ausschluss eines Gesellschafters (Art. 577 OR). - Analog auch bei Beurteilung der Berechtigung einer fristlosen Auflösung eines Arbeitsvertrags (Art. 337 OR). Diesfalls dürfte allerdings zumeist auf einen Zustandssachverhalt abgestellt werden, der in seiner Gesamtheit die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses belegen soll.

wenn das Begehren um Ausschluss eines Gesellschafters (Art. 577 OR) das eine Mal mit begangenen Veruntreuungen, das andere Mal mit Geschäftsabschlüssen, die dem Gesellschaftszweck krass widersprechen, belegt wird (34).

d) Bisweilen fasst das materielle Recht verschiedene Einzeltatsachen auch zu einem einheitlichen Gestaltungsgrund zusammen, ohne dass von einem "Zustandssachverhalt" gesprochen werden kann. So verhält es sich beispielsweise bei einer Klage auf Anfechtung der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes (Art. 256ff. ZGB), indem das Gesetz bestimmt, dass bei Zeugung des Kindes während der Ehe die Vermutung der Vaterschaft durch den Nachweis zu beseitigen ist, "dass der Ehemann nicht der Vater ist" (Art. 256a Abs. 1 ZGB). Diesfalls kann der Klagegrund nur aus der Gesamtheit der Tatsachen bestehen, die das Nichtbestehen der Vaterschaft darlegen sollen (z.B. Landesabwesenheit, Impotenz).

e) Hinsichtlich jener Tatbestände, die auf ein Einzelereignis abstellen (z.B. Eheanfechtung wegen Irrtums im Sinne von Art. 124 Ziff. 1 ZGB; Scheidung wegen Ehebruchs (Art. 137 ZGB)(35) etc.), ergeben sich bei der Abgrenzung des Klagegrunds kaum Schwierigkeiten. Eine Ausnahme bildet allerdings die Testamentsungültigkeitsklage (Art. 519ff. ZGB). Verschiedentlich wird diesfalls angenommen, jeder einzelne zur Ungültigkeit führende Grund stelle einen eigenen Klagegrund dar (36). Dem ist aber

34) Ebenso Kummer, Klagerecht 101. - Soweit aber der Grund in einem Zustandssachverhalt besteht (z.B. ständige grundlose Opposition, die zu einer Lahmlegung der Geschäftstätigkeit führt), gehören alle darauf bezogenen Einzelhandlungen zum nämlichen Klagegrund.

35) Der einzelne Ehebruch verliert seine Eigenständigkeit dann, wenn er Teil eines (behaupteten) ehebrecherischen Verhältnisses bildet.

36) So z.B. Kummer, Klagerecht 95, 100; ähnlich auch Leuch, Komm. ZPO N 11 d zu Art. 192 (S. 213), soweit Ungültigkeitsgrund anderer Art.

nicht beizupflichten. Ihre inhaltliche Aehnlichkeit mit einer negativen Feststellungsklage (37) gebietet es vielmehr, alle Ungültigkeitsgründe zu einem einheitlichen Klagegrund zusammenzufassen. Denn begehrt ein Kläger die (positive) Feststellung, dass das Testament X. gültig sei (38), so entschiede das Urteil - beschränkt auf die Prozessparteien - definitiv über seine Gültigkeit; ausgeschlossen wäre daher die beklagte Partei mit nicht vorgebrachten Ungültigkeitsgründen (39). Entsprechend besagt auch die abgewiesene Testamentsungültigkeitsklage, dass die letztwillige Verfügung gültig ist. Alsdann fordert die Entscheidungsharmonie, dass der Bestand im gleichen Umfang gesichert ist und nicht stets durch neu vorgetragene (behauptete) Ungültigkeitsgründe wieder in Frage gestellt werden kann (40) (41).

37) Diese zeigt sich vor allem daran, dass die Ungültigkeit eines Testaments - ohne dass ein entsprechendes gestaltendes Urteil vorzuliegen braucht - auch einredeweise geltend gemacht werden kann (Art. 521 Abs. 3 ZGB). Mit Fug wird man daher die Testamentsungültigkeitsklage - ähnlich der Patent- und Markennichtigkeitsklage - als "Feststellungsklage im Kleid der Gestaltungsklage" (Kummer, Prozessrecht 104) betrachten können.

38) Kritisch zur Zulässigkeit einer solchen Feststellungsklage Habscheid, *droit judiciaire* 229. Da aber über den Bestand als solcher entschieden wird, ist die Annahme Habscheids, hier werde bloss die Feststellung des Bestehens "d'un élément d'un rapport juridique" (Habscheid, a.a.O.) begehrt, weshalb diese Klage mangels Feststellungsinteresses nicht zulässig sei, kaum richtig. Um der latenten Einrede der Ungültigkeit zu begegnen, ist der Kläger vielmehr auf die (positive) Feststellungsklage angewiesen.

39) Vgl. vorn § 8 III B 1 b.

40) Rechtfertigen lässt sich aufgrund der gesetzlichen Fassung (vgl. Art. 521 ZGB) allerdings, eine zweite Testamentsungültigkeitsklage dann für zulässig zu halten, wenn sie sich auf einen erst nachträglich entdeckten Ungültigkeitsgrund stützt. Insoweit ergibt sich dann eine Beschränkung des Rechtskraftumfangs.

41) Anders verhält es sich z.B. bei einer Ehenichtigkeitsklage, da dort dieser Gesichtspunkt nicht zum Zuge kommt, weil eine (positive) Feststellungsklage, mit der festzustellen begehrt werden sollte, dass überhaupt kein Nichtigkeitsgrund vorliegt, nicht möglich ist. Denn der Bestand der Ehe ist bis zum Urteil über die Nichtigkeit ausser Zweifel. Vgl. dazu Kummer, *Klagerecht* 73ff.

§ 10 Zur Beschränkung des Streitgegenstands auf
ein bestimmtes materielles Recht

Namentlich die Ausführungen zu den Leistungs- und Feststellungsklagen haben gezeigt, dass ein einheitlicher Streitgegenstand u.U. mehrere materielle (Anspruchs-)Rechte umfasst. Bevor diese Erkenntnis - und damit der hier vertretene prozessuale Streitgegenstandsbegriff - als allgemeingültig betrachtet werden darf, ist noch zu klären, ob nicht in Sonderfällen eine andere Streitgegenstandsbestimmung notwendig ist. Insbesondere ist zu prüfen, ob der Streitgegenstand in Einzelfällen nicht kraft gesetzlicher Regelung oder zufolge Parteiwillens gleichwohl nach dem einzelnen (behaupteten) materiellen Recht zu fassen ist.

I. Zur Beschränkung durch gesetzliche
Bestimmungen

A. Allgemeines

Auf den Zusammenhang zwischen der richterlichen Kognitionsbefugnis und der Bestimmung des Streitgegenstands wurde bereits hingewiesen (1). So kann es nicht angehen, einen Streitgegenstandsbegriff zu bilden, der es zulässt, dass ein (materieller) Anspruch als beurteilt gilt, zu dessen

1) Vorn § 6 II C 3.

sachlicher Prüfung das Gericht weder befugt noch verpflichtet ist. Ebensowenig ist es vertretbar, einen (materiellen) Anspruch als "rechtshängig" zu erklären, wenn über ihn weder verhandelt noch entschieden werden kann (2). Im ersten Fall widerspricht eine solche Ansicht dem bundesrechtlichen Grundsatz der Rechtsverwirklichung (3), im zweiten Fall dem Grundsatz der jederzeitigen Ermöglichung einer gerichtlichen Prüfung (4).

Diesem Problemkreis soll im folgenden nachgegangen werden.

B. Die möglichen Beschränkungen im einzelnen

1. Beschränkte richterliche Kognitionsbefugnis in besondern Verfahren

Eine Beschränkung der richterlichen Kognitionsbefugnis ist namentlich in (gewöhnlichen) Zivilprozessverfahren denkbar, die ihren Ursprung im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) haben. Für die hier vertretene Streitgegenstandsauffassung dürften sich daraus kaum Schwierigkeiten ergeben. So sind - zufolge der verschiedenen Klagegründe - z.B. in den bereits erwähnten (5) Fällen der Aberkennungsklage über ein von mehreren Schenkungsversprechen und bei

2) Zu diesem Ergebnis führen aber die Auffassungen von Henckel (Parteilehre 278ff.) und Georgiades (Anspruchskonkurrenz 271ff.) bei beschränkter (örtlicher) Zuständigkeit.

3) Vgl. vorn § 4 IV C 2 a.

4) Meier 58; vorn § 4 IV C 2 b.

5) § 4 IV C 2 a.

eine "Konkurrenz" zwischen Arrestforderungsprozess (Art. 278 Abs. 2 SchKG), der auf einer vertraglichen Grundlage gründet, und Leistungsprozess (oder Ab-erkenntnisprozess gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG), dem ein Schuldbrief über die gleiche Forderung zugrunde liegt, nach der hier vertretenen Auffassung ohnehin verschiedene Verfahrensgegenstände anzunehmen. Eine Notwendigkeit, in diesen Fällen einen andern Streit-gegenstandsbegriff zu bilden, besteht daher nicht.

2. Zur Beschränkung zufolge gesetzlicher Zuständigkeitsbestimmungen

a) Sachliche Zuständigkeit

Verschiedentlich sehen die Prozess-gesetze vor, dass zur Beurteilung bestimmter An-sprüche Sondergerichte zuständig sind (6). Dabei wird die Zuständigkeit - wie z.B. bei den Arbeits-gerichten (anders etwa bei den Handelsgerichten) - teilweise an materiellrechtliche Tatbestände ge-knüpft. Insofern stellt sich daher die Frage, ob dadurch der hier befürwortete einheitliche Streit-gegenstandsbegriff z.B. bei einer Anspruchs-konkurrenz zwischen arbeitsvertragsrechtlichen (Art. 321 a, 321 e OR) und ausservertraglichen An-sprüchen (Art. 41ff. OR) aufgegeben werden muss.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft dies nicht zu. So hat das Bundesgericht

6) Vgl. dazu allgemein Walder, Handbuch 65ff.; Guldener, ZPR 115ff.

entschieden, dass eine kantonale Zuständigkeitsbestimmung bundesrechtswidrig sei, welche die Prüfung eines - wie im Beispielsfall gegeben - einheitlichen Sachverhalts unter allen rechtlichen Gesichtspunkten verunmöglicht (7). In solchen Fällen sei vielmehr eine "Kompetenzattraktion" (8) des Sondergerichts anzunehmen (9). Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist schon deshalb zuzustimmen, weil andernfalls die notwendig deckungsgleiche Entscheidungsbefugnis des Bundesgerichts als Rechtsmittelinstanz und des kantonalen Gerichts nicht gewährleistet wäre. Denn das Bundesgericht ist ja, unabhängig von den kantonalen Zuständigkeitsvorschriften (10), zu einer allseitigen rechtlichen Würdigung des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts verpflichtet. Wäre dies dem kantonalen Richter nicht gestattet, so würde das Bundesgericht u.U. zum erstinstanzlich urteilenden Gericht. Dies aber widerspräche seiner Aufgabe als Rechtsmittelinstanz (11). Eine Anpassung der bundesgerichtlichen Kompetenz an die unterschiedlichen kantonalen Regelungen, wie die Gegenmeinung befürwortet, befriedigt schon aus praktischen Gründen kaum. Hätte die kantonale Instanz im angeführten Beispiel die Klage aufgrund arbeitsrechtlicher Ansprüche gutgeheissen, käme das Bundesgericht dagegen zum Schluss, im konkreten Fall sei die Klage gestützt auf ausservertragliche Ansprüche zu schützen, müsste

7) BGE 91 II 65ff.; 92 II 312f.; 95 II 253.

8) BGE 92 II 312 ("attraction de compétence").

9) Die Ansichten in der Lehre sind geteilt. Gleich wie das Bundesgericht Sträuli/Messmer, N 7 zu § 17, N 8 zu § 57; Walder, Handbuch 119; anders Guldener, ZPR 202 Anm. 48, vgl. aber auch a.a.O. 102 (bei Anm. 91); Schwander 216f. (Ziff. 24); Meier 58ff.

10) Das ergibt sich daraus, dass das Bundesrecht keine entsprechende Vorschrift enthält, sondern das Bundesgericht in Art. 63 OG allgemein angewiesen ist, die rechtliche Würdigung frei vorzunehmen.

11) Vgl. dazu auch vorn § 4 IV B 2.

es vor Erlass eines entsprechenden Entscheids vorab rechtsverbindlich (?) den Kompetenzbereich der Vorinstanz bestimmen oder den Prozess zu diesem Zweck an die Vorinstanz zurückweisen (12). Ergäbe diese Prüfung, dass der kantonale Richter nur zur Entscheidung über arbeitsrechtliche Ansprüche zuständig gewesen wäre, müsste die Klage abgewiesen werden, obwohl zweifelsfrei feststünde, dass eine zweite Klage zum Erfolg führte; mit einer prozessökonomischen Verfahrensgestaltung liesse sich dies aber kaum vereinbaren. Für den Kläger wäre dieses Ergebnis um so stossender, wenn die ausservertraglichen Ansprüche inzwischen verjährt wären und er deshalb dafür bestraft würde, dass er nicht gleichzeitig zwei Prozesse über die nämliche Forderung bei verschiedenen Instanzen eingeleitet hätte.

Die Betrachtung der Rechtslage bei der sachlichen Zuständigkeit bedingt daher keine Korrektur des hier vertretenen Streitgegenstands; gegenteils bestätigt sie seine Tauglichkeit.

b) Oertliche Zuständigkeit

Eine ähnliche (13) Problematik ergibt sich in bezug auf die Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit, sofern dabei - wie dies etwa beim

12) Letztes aktualisierte sich namentlich dann, wenn - wie etwa im Vormundschaftsrecht - hinsichtlich der Zuständigkeit eine Mehrheit unterschiedlicher kantonaler Regelungen bestünde, die im einzelnen einer näheren Konkretisierung bedürften. Vgl. z.B. ZR 73 Nr. 25 (S. 55ff.) bezüglich des Rechtswegs bei Anordnung einer Vormundschaft bzw. einer Beiratschaft im Kanton Zürich.

13) Der Unterschied liegt darin, dass bei der örtlichen Zuständigkeit zusätzlich die - interkantonale Geltung beanspruchende - Gerichtsstandsgarantie von Art. 59 BV zu berücksichtigen ist, während die sachliche Zuständigkeit nur die innerkantonale Abgrenzung zwischen verschiedenen rechtssprechenden Behörden bzw. Gerichten beschlägt. Dieser Unter-

Gerichtsstand des Begehungsortes für Klagen aus unerlaubter Handlung oder dem Gerichtsstand der gelegenen Sache bei dinglichen Ansprüchen zutrifft (14) - auf die rechtliche Natur des Anspruchs abgestellt wird. Auch hier taucht die Frage auf, ob diese Regelungen dazu nötigen, den hier vertretenen einheitlichen Streitgegenstand bei Konkurrenzen zwischen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen (15) oder zwischen dinglichen und obligatorischen Herausgabeansprüchen (16) aufzugeben.

Keine Besonderheiten ergeben sich einmal dann, wenn nach Meinung der kantonalen Prozessgesetze der besondere Gerichtsstand keine ausschliessliche Zuständigkeit begründet, sondern die Klage auch am allgemeinen Gerichtsstand erhoben werden kann. Wird diesfalls der Prozess am allgemeinen Gerichtsstand angestrengt, ist die Klage unter allen in Betracht kommenden Rechtsgründen zu prüfen (17) (18).

Eine Beschränkung der Kognitionsbefugnis des Gerichts erscheint aber auch dann nicht geboten, wenn solche Klagen an den besondern Gerichtsständen angebracht werden. Denn zufolge der Konnexität der (materiellen) Ansprüche ist in diesen Fällen auch interkantonal ein einheitlicher Gerichtsstand kraft

Unterschied führte denn auch zu einer unterschiedlichen Beurteilung durch das Bundesgericht. So hat es das Bundesgericht bislang abgelehnt, interkantonal bei konnexen (materiellen) Ansprüchen einen einheitlichen Gerichtsstand kraft Sachzusammenhangs anzuerkennen, es sei denn, beide Ansprüche stünden zueinander im Verhältnis von Haupt- zu Nebensache (BGE 81 I 221; 66 I 238) oder es handle sich um eine (konnexe) Widerklage (BGE 71 I 346). - Dies berücksichtigt Meier (iura novit curia 58ff.) nicht genügend.

14) Zu den kantonalen Regelungen im einzelnen Guldener, ZPR 86f., 91.

15) Vgl. vorn § 7 III B 2 b dd.

16) a.a.O.

17) Guldener, ZPR 102.

18) Soweit ein Gerichtsstand vereinbart ist, darf angenommen werden, die Gerichtsstandsvereinbarung beziehe sich auf alle aus einem einheitlichen Sachverhalt abgeleiteten Rechtsfolgen. Vgl. auch Guldener, ZPR 102.

Sachzusammenhangs anzunehmen, so dass das Gericht auch zur Beurteilung der an sich "zuständigkeitsfremden" Rechtsnormen befugt ist (19)(20). Treffend führt Guldener für den Fall einer Konkurrenz von mietrechtlichen und dinglichen Herausgabeansprüchen aus: "Zusammengehöriges würde auseinandergerissen, wollte man zur Beurteilung der Klage, soweit sie aus Schuldrecht hergeleitet wird, den Richter am Wohnsitz des Beklagten zuständig erklären, dagegen die Beurteilung durch den Richter am Ort der gelegenen Sache verlangen, soweit sich der Kläger auf Eigentum beruft. Meines Erachtens hat der Kläger die Wahl, die Klage unter Berufung auf beide rechtliche Gesichtspunkte am einen oder am andern Ort anzubringen." (21).

Diese Regelung, die Gültigkeit für alle aus einem einheitlichen Klagegrund hergeleiteten Ansprüche hat (22), gewährleistet nicht nur eine umfassende Prüfung eines Rechtsstreits, sondern sie verhindert auch, dass die Wirkung der Rechtshängigkeit bzw. der Rechtskraft bereits durch eine andere rechtliche Qualifizierung des behaupteten Anspruchs unterlaufen werden kann.

Demgegenüber glaubt Schwander, eine solche Ordnung könne zu langwierigen Zuständigkeits-

19) Guldener, ZPR 101ff.; ders., IZPR 78 Anm. 242 d. - Mit Bezug auf § 32 DZPO (besonderer Gerichtsstand bei unerlaubter Handlung) nehmen eine umfassende Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs an: Nikisch, StG 156ff.; Baur Fritz, Zuständigkeit aus dem Sachzusammenhang?, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, 1ff.

20) Die Statuierung der Zuständigkeit des Gerichts am Begehungsort hat interkantonal allerdings nicht unumschränkt Bedeutung, da auch ein deliktischer Anspruch als "persönliche Ansprache" im Sinne von Art. 59 BV gilt (vgl. Guldener, ZPR 92; Sträuli/Messmer, N 1 zu § 10). Interkantonal wirkt sich dieser Gerichtsstand daher nur aus, wenn der Schuldner nicht "aufrechtstehend" (Vgl. Art. 59 BV) ist oder bei einer entsprechenden bundesrechtlichen Zuständigkeitsvorschrift (z.B. Art. 84 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG)).

21) ZPR 102.

22) Vgl. Guldener, ZPR 101/102.

konflikten führen, da dadurch die Zuständigkeitsfrage bei Anpassung der Klage an konkurrierende oder konnexe (materielle) Ansprüche erneut aufgeworfen werde (23). Dieser Einwand ist indes nur berechtigt, wenn man mit Schwander davon ausgeht, Streitgegenstand sei ein einzelnes (behauptetes) materielles Anspruchsrecht (24). Denn dann beschränkt sich der Zuständigkeitsentscheid auf eine Aussage über ein einzelnes, zur Beurteilung gestelltes materielles Recht. Für die hier vertretene Streitgegenstandsauffassung trifft Schwanders Kritik aber nicht zu. Denn da die Zuständigkeit für den Streitgegenstand als solchen geprüft wird, ist die Zuständigkeitsfrage hinsichtlich aller (materieller) Ansprüche entschieden, die zum selben Streitgegenstand gehören; ein erneutes Aufrollen ist nicht möglich.

Die in dieser Arbeit vorgenommene Bestimmung des Streitgegenstands befriedigt daher, wie zusammenfassend festgehalten werden kann, auch dann, wenn eine Klage an einem Sondergerichtsstand erhoben wird. Sie ermöglicht eine sichere Entscheidung der Frage, für welche (materiellen) Anspruchsrechte ein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs anzuerkennen ist: für alle an sich zuständigkeitsfremden (materiellen) Ansprüche, die mit den die Zuständigkeit begründenden einen einheitlichen Streitgegenstand bilden.

23) "iura novit curia" 217 (Ziff. 24).

24) Vgl. zur Auffassung Schwanders vorn § 3 II A 1.

II. Zur Beschränkung durch Parteidisposition

a) Zu erörtern bleibt noch die Frage nach der Befugnis des Klägers, den Umfang der richterlichen Kognition auf ein bestimmtes materielles (Anspruchs-) Recht zu beschränken. Denn stünde dem Kläger eine solche Möglichkeit zu, so müsste dies aus den genannten Gründen (25) auch zu einer inhaltsgleichen Umschreibung des Streitgegenstands führen.

Denkbar ist eine Einflussnahme des Klägers entweder dadurch, dass er den Sachverhalt absichtlich auf den (tatsächlichen) Entstehungsgrund eines materiellen Rechts ausrichtet, oder indem er das Gericht verhält, den Sachverhalt, aus dem sich mehrere materielle Ansprüche mit identischen Rechtsfolgen ergeben, nur unter einem rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen.

b) Aufgrund der hier vorgenommenen Abgrenzung des Klagegrunds ist die erste Möglichkeit, soweit sie sich auf die Bestimmung des Streitgegenstands auswirken kann, aus praktischen Gründen ausgeschlossen. So ist es z.B. nicht möglich, den Sachverhalt so zu zerlegen, dass der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung ausser acht bleibt, wenn ein Kläger die Rückzahlung eines "Darlehens" begehrt, der Darlehensvertrag sich aber als ungültig erweist. Ebensowenig ist ersichtlich, wie es der Kläger anstellen könnte, dass bei einer Konkurrenz von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen nur der Vertragsanspruch ins richterliche Prüfungsfeld

25) Vgl. § 10 I A.

rückt (26) (27).

c) Anders verhält es sich dagegen im zweiten Fall. Praktisch würde dies z.B. dann, wenn ein Kläger erklärt, er mache nur einen vertraglichen Anspruch geltend; allfällige sich aus dem nämlichen Sachverhalt ergebende deliktische Ansprüche wolle er nicht beurteilt haben.

Diesfalls geht es genau besehen um die Frage nach der Verfügungsbefugnis des Klägers über einzelne Rechtsgründe, d.h. darum, ob der Kläger dem Gericht vorschreiben kann, den Sachverhalt nur unter ganz bestimmten Anspruchsgrundlagen zu prüfen (28) (29).

aa) Ohne Einfluss auf den Umfang von Streit- und Urteilsgegenstand ist eine solche Weisung des Klägers, wenn damit endgültig auf eine gerichtliche Beurteilung der ausgeschlossenen Anspruchsnormen verzichtet wird (30). Ein derartiger klägerischer Verzicht dürfte allerdings nur selten vorkommen, da der Kläger dadurch seine Chancen, ein gutheissendes Urteil zu erhalten, beeinträchtigt (31). Zu denken

26) In diesem Sinne auch Habscheid, StG 170ff.; Jauernig, StG 15ff.; vgl. auch Schwab, StG 19; Schneider, JZ 1958, 348. - Dem Fall, dass ein Kläger das Erwähnen eines Vertragsverhältnisses unterlässt, um dem Gericht nur die Möglichkeit zu einer Subsumtion unter ausservertragliche Haftungsansprüche zu ermöglichen, dürfte wohl kaum mehr als rein theoretische Bedeutung zukommen, zumal das Gericht ihn sicherlich danach fragen wird oder der Beklagte sich darauf beruft (z.B. bei vereinbartem Haftungsausschluss).

27) Diese Problematik aktualisiert sich hingegen - wegen der Verhandlungsmaxime - nach jenen Streitgegenstandstheorien, die mehrere unabhängige Tatsachenkomplexe zu einem einheitlichen Klagegrund zusammenfassen (z.B. mehrere bzw. alle Ehescheidungsgründe (vgl. Habscheid, StG 173ff.)), oder nach einer "eingliedrigen" Streitgegenstandsauffassung (z.B. wenn nur das abstrakte Schuldanerkenntnis, nicht aber das Grundgeschäft vortragen wird (vgl. Schwab, StG 18f., 100f.)).

28) Zutreffend handelt daher Meier (iura novit curia 107ff.) diese Fälle unter diesem Aspekt ab.

29) Die deutsche Lehre spricht dabei von "Ausschaltungs-" bzw. "Weisungsbefugnis". Vgl. Brauer, NJW 1956, 1189f.; Würthwein 153ff.; Schneider, JZ 1958, 348.

30) Ebenso Meier 107.

31) Meier (iura novit curia 112) spricht denn auch von "psychologischen Momenten".

wäre höchstens etwa daran, dass ein Kläger Wert darauf legt, "dass der geforderte Geldbetrag als Entgelt und nicht als Schenkung zugesprochen werde" (32), oder wenn der Kläger glaubt, auf diese Weise "unliebsame Erörterungen über bestimmte Vorfälle" (33) vermeiden zu können (34).

bb) Mit der ganz herrschenden Lehre (35) ist eine solche Verfügungsbefugnis des Klägers aber zu verneinen, wenn der Verzicht nur für den hängigen Prozess gedacht ist, mit der Folge, dass der ausgeschlossene Gesichtspunkt in einem allfällig nötig werdenden spätern Verfahren geltend gemacht werden kann. Nicht nur greift der Kläger dadurch in unzulässiger (36) Weise in die dem Gericht zustehende rechtliche Würdigung ein, sondern dagegen sprechen auch die Interessen des Beklagten an einer endgültigen Erledigung eines Rechtsstreits und die mit einer solchen Lösung verbundene übermässige Belastung des Gerichts. Es ist aber auch nicht einzusehen, inwiefern der Kläger daran ein schutzwürdiges Interesse haben könnte. Ein solches sieht Schwander (37) allerdings darin, dass es dem Kläger infolge der Eventualmaxime nicht mehr möglich sein könnte, die Klage rechtsgenüglich zu substantiieren oder einen hin-

32) Schwander 207 (Ziff. 11).

33) Schwander, a.a.O.

34) Vgl. zur Frage des Verzichts auf eine Ehescheidung, wenn diese nicht unter einem ganz bestimmten Scheidungsgrund ausgesprochen werden kann, Meier 115ff., 118 Anm. 118.

35) Meier 114 (mit Ausnahme für die Kantone Zürich und Schwyz auch für den vereinbarten Verzicht; vgl. dazu nachfolgend im Text); Schwab, StG 18f., 101; Brauer, NJW 1956, 1189; Schneider, JZ 1958, 348; Henckel, Parteilehre 272ff.; Georgiades 269f.; Rimmelspacher, mat. Anspruch 242ff.; Arens, AcP 170, 419; Kion 120; Zöllner/Degenhart, Einl. IV 5 a (S. 6); Zeiss, § 44 V 2 (S. 120); Würthwein 156; Thomas/Putzo, § 308 I c (S. 562).

36) Vgl. Oftinger 478; Guhl/Merz/Kummer 202 (beide bezüglich der Parteidisposition bei vertraglicher/aussservertraglicher Anspruchskonkurrenz); Guldener, ZPR 150 Anm. 14, 568 Anm. 37; Hinderling 207; Merz, Berner Kommentar, Einleitungsband (Art. 1-10 ZGB), N 300 zu Art. 2 (alle zur Verfügungsbefugnis über Ehescheidungsgründe).

37) "iura novit curia" 207 (Ziff. 11).

reichenden Beweis zu führen. Zu verneinen ist diesfalls zwar nicht das klägerische Interesse, doch dessen Schutzwürdigkeit. Denn abgesehen davon, dass durch das Festhalten der Prozessgesetze an der Eventualmaxime eine gewisse Härte bewusst in Kauf genommen wird (38), führte dies zu einer sachlich kaum gerechtfertigten Besserstellung des Klägers gegenüber dem Beklagten. Während der Beklagte gezwungen ist, alle Einwände und Beweisanträge im selben Verfahren und in der vorgeschriebenen Form vorzubringen, könnte der Kläger das Prozessrisiko nach Belieben auf mehrere Prozesse verteilen. Dies verdient aber keinen Schutz.

Habscheid (39) und Schwander (40) stützen ihre gegenteilige Ansicht schliesslich auf die Dispositionsmaxime. Ueberzeugend hat jedoch Henckel (41) dargelegt, dass sich die Dispositionsmaxime auf den Streitgegenstand als Ganzes bezieht, nicht aber seine Grenzen in die Verfügungsmacht der Parteien stellt. Die Dispositionsmaxime gewährt dem Kläger die Befugnis, darüber zu bestimmen, ob er überhaupt Klage erheben will und um welchen Streitgegenstand das Verfahren geführt werden soll. Dem Kläger obliegt auch die Verfügung darüber, ob er einen oder mehrere Ansprüche erheben will und schliesslich, ob er an der Beurteilung festhalten oder darauf verzichten will (42). Nicht innerhalb seiner Verfügungsbefugnis liegt es aber, darüber zu befinden, wie der Streitgegenstand abzugrenzen

38) Erheblich gemildert wird diese Härte allerdings durch die (materielle) richterliche Prozessleitung sowie dadurch, dass die Parteien u.U. im Rechtsmittelverfahren Nova vorbringen dürfen. Vgl. z.B. ZH 267, 278 ZPO.

39) StG 173.

40) "iura novit curia" 207 (Ziff. 11).

41) Parteilehre 272ff.

42) Vgl. dazu auch vorn § 4 V B.

ist; dies entscheidet sich nach objektiven Kriterien und ist der Parteiwillkür entzogen (43).

Auch aus diesem Grunde ist es daher abzulehnen, dem Kläger die Befugnis einzuräumen, den Streitgegenstand in Einzelfällen auf ein einzelnes materielles (Anspruchs-)Recht zu beschränken (44).

Nicht zu folgen ist auch der Auffassung von Meier, dass ein nicht endgültiger Verzicht auf das Beurteilen eines Rechtsgrunds aufgrund einer Parteivereinbarung in den Kantonen Zürich und Schwyz zuzulassen sei (45). Denn auch diese Ansicht stellt die begriffliche Bestimmung des Streitgegenstands in die Verfügungsmacht der Parteien.

43) Henckel, Parteilehre 273; Georgiades 269; Arens, AcP 170, 418/419.

44) Anders wäre freilich für eine Streitgegenstandsauffassung zu entscheiden, die jedes einzelne (behauptete) materielle Recht als eigenen Streitgegenstand ansieht. Da sich diesfalls die Dispositionsmaxime auch auf jedes einzelne (behauptete) materielle Recht bezieht, müsste dem Kläger auch eine entsprechende Verfügung zustehen. So denn auch Lent, JbAKDR 1939/40, 214; ders., ZZP 65, 336.

45) iura novit curia 114f.

§ 11 Die Definition des Streitgegenstands

Aufgrund der erzielten Ergebnisse lässt sich der Streitgegenstand für alle Klagearten (Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsclagen) einheitlich folgendermassen definieren:

Streitgegenstand des Zivilprozesses bildet die auf den behaupteten Klagegrund bezogene, der gerichtlichen Beurteilung in bestimmter Rechtsschutzform unterbreitete Rechtsfolge.

Gekennzeichnet wird der Streitgegenstand demnach durch drei Elemente: Die Rechtsfolge, den Klagegrund und die Rechtsschutzform.

Die Identität des Verfahrensgegenstands ist daher dann gegeben, wenn die nämliche Rechtsfolge aufgrund desselben Klagegrunds in gleicher bzw. gleichwertiger (1) Rechtsschutzform vorliegt. Fehlt es an der Identität eines dieser Elemente, so handelt es sich um einen andern Prozessgegenstand.

Während Rechtsfolge und Rechtsschutzform den Antragsinhalt ausmachen und aus dem Klageantrag ersichtlich sind (2), ergibt sich der Klagegrund aus

1) Vgl. dazu eingehend hinten § 14 III, § 15 III (4).

2) Eine rein terminologische Frage ist es, ob man "Rechtsfolge" und "Rechtsschutzform" unter dem Begriff "Antrag" ("Rechtsbegehren") zusammenfasst. Um indes der Kritik die Spitze zu nehmen, nicht um die regelmässig unbestrittene Existenz des Antrags könne sich der Streit drehen, sondern nur um den Antragsinhalt (vgl. Nikisch, StG 50; K. Blomeyer, ZZP 65, 59; Lent, ZZP 72, 70; Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III 1 b (S. 24)), sind hier die Antragselemente gesondert aufgeführt.

der Klagebegründung.

Unter "Klagegrund" ist ein Ausschnitt aus einem zeitlichen Geschehen zu verstehen, dessen Begrenzung durch die Tatbestände der materiellen Rechtsnormen gezogen wird. Deckt der so abgesteckte Sachverhaltsausschnitt zugleich die (abstrakten) Tatbestände mehrerer inhaltsgleicher Rechtsnormen, so liegt trotz der Mehrheit der in Betracht fallenden Rechte der gleiche Klagegrund vor. Verschiedene Klagegründe sind dagegen anzunehmen, wenn der Tatbestand einer Bestimmung auf ein anderes (zeitliches) Geschehen Bezug nimmt oder sich aus einem unabhängigen Tatsachenkomplex ein zweites Mal selbständig verwirklicht (3).

3) Vgl. dazu eingehend vorn § 7 III B 2 b dd.

DRITTES KAPITEL

Der Streitgegenstand im Verfahrensverlauf

Einleitendes

Im folgenden soll geprüft werden, wie sich der gefundene Streitgegenstandsbegriff an seinen "Bewährungspunkten" (1), d.h. bei der Klageänderung, der objektiven Klagenhäufung, der Rechtshängigkeit und der materiellen Rechtskraft, auswirkt. Denn letztlich zeigt sich die Richtigkeit dogmatischer Ueberlegungen erst anhand der sich daraus ergebenden praktischen Resultate (2).

Um Missverständnisse auszuschliessen, sei hervorgehoben, dass eine Betrachtung der genannten Rechtsinstitute nur so weit erfolgt, als deren Ausgestaltung von der Bestimmung des Streitgegenstands abhängt. Werden diese Rechtsinstitute dagegen durch streitgegenstandsunabhängige Faktoren mitbestimmt, wie dies bei der Klageänderung und teilweise auch bei der materiellen Rechtskraft der Fall ist, kann darauf nur verwiesen werden.

1) Schwab, StG 73; vgl. auch Rosenberg/Schwab, § 96 II (S. 500), wo von den "Prüfsteinen" gesprochen wird.

2) Vgl. im gleichen Sinne Nikisch, StG 109; Kummer, Klagerecht 73 (bezogen auf die individualisierten Rechtsbehauptungen).

§ 12 Die Klageänderung

I. Allgemeines

Klageänderung bedeutet nach einhelliger Auffassung Aenderung des Streitgegenstands (1): Wird an die Stelle des rechtshängigen (prozessualen) Anspruchs ein anderer gesetzt oder neben diesem nachträglich ein zweiter erhoben, liegt eine Klageänderung vor (2). Durch die Bestimmung des Prozessgegenstands ist daher die Antwort auf die Frage, ob und unter welchen Umständen eine Klageänderung anzunehmen ist, präjudiziert (3).

Prozessual bedeutsam ist die Entscheidung dieser Frage im Zusammenhang mit der Bestimmung der Grenzen der Zulässigkeit der Klageänderung. Denn erst wenn feststeht, dass eine Klageänderung vorliegt, stellt sich die Frage, ob diese Aenderung zulässig ist oder nicht. Letztes entscheidet ausschliesslich das

-
- 1) Eichenberger, Beiträge zum Aargauischen Zivilprozessrecht, Aarau 1949, 136; Erni 18; Binkert 17; Hess 33, 36, 88; Leuch, ZBJV 55, 194; ders., Komm. ZPO N 1 zu Art. 94 (S. 128); Lutz, Komm. ZPO N 3 zu Art. 175 (S. 116); Habscheid, droit judiciaire 264; Kummer, Prozessrecht 113; ebenso die deutsche Lehre: Nikisch, StG 119ff; Schwab, StG 105; Habscheid, StG 259; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 263 2 A (S. 555); Schöнке/Kuchinke, § 45 I (S. 209); Jauernig, ZPR § 41 I (S. 139); Thomas/Putzo, § 263 1 (S. 463); zur scheinbar gegenteiligen Ansicht von Rimmelspacher (mat. Anspruch 348ff.) hinten in Anm. 8.
 - 2) Im letztgenannten Fall handelt es sich genau besehen um eine nachträgliche objektive Klagenhäufung, deren Zulässigkeit aber nach den Regeln über die Klageänderung beurteilt wird. Vgl. z.B. Bund 26 Abs. 1 BZPO; Zürich 61 Abs. 1 ZPO; Bern 94 Abs. 1 ZPO; Zug 63 Abs. 1 ZPO.
 - 3) Zumindest missverständlich ist es daher, wenn Kummer (Klagerecht 106) von seinem Standpunkt aus, dass der Streitgegenstand bundesrechtlich bestimmt wird, schreibt: "Ob und gegebenenfalls wie weit eine solche Verschiebung des Sachverhaltes im Rahmen des hängigen Prozesses zulässig sei, ob ohne oder nur unter Klageänderung,...: all das sind hiebei Fragen des kantonalen Prozessrechts." Denn nicht darüber, ob es sich dabei um eine Klageänderung handelt,

kantonale Prozessrecht (4). Hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen eine Klageänderung zulässig ist, weisen die kantonalen Prozessgesetze denn auch eine bunte Vielfalt unterschiedlicher Regelungen auf (5).

Die praktische Bedeutung des Streitgegenstands innerhalb dieses Rechtsinstituts darf allerdings nicht überschätzt werden. Denn soweit die Klageänderung in weitem Umfang zugelassen wird (6), braucht vielfach die Frage nach der Identität des Verfahrensgegenstands nicht aufgeworfen zu werden, da eine "Aenderung" jedenfalls zulässig ist (7)(8). Aber auch dann, wenn die Klageänderung verboten oder nur ganz beschränkt zulässig ist (9), ist zu berücksichtigen, dass das Verbot der Klageänderung trotz des geänderten Prozessgegenstands dann nicht eingreift, wenn sein Zweck, die Verteidigung des Beklagten nicht zu erschweren (10), nicht tangiert wird (11).

In diesem Gesamtzusammenhang sind daher die folgenden Ausführungen zu sehen.

sondern nur darüber, ob es sich um eine zulässige Klageänderung handelt, bestimmt - folgt man der Auffassung Kummers über die Zuständigkeit zur Festlegung des Streitgegenstands - das kantonale Prozessrecht. - In diesem Sinne ist denn diese Bemerkung offensichtlich auch zu verstehen. Vgl. Kummer, ZBJV 102, 11.

- 4) Vgl. Guldener, ZSR 80 II 18/19.
- 5) Dazu Guldener, ZPR 235ff.; Habscheid, droit judiciaire 265; Schaad 82ff.
- 6) So vor allem die neuern Prozessgesetze. Vgl. Bund 26 BZPO; Zürich 61 ZPO; Obwalden 133 ZPO; Nidwalden 127 ZPO; Schwyz 56 ZPO; Freiburg 131 ZPO; Solothurn 144 ZPO; Wallis 88 ZPO.
- 7) Ähnlich Guldener, ZPR 200 Anm. 42; Leuch, ZBJV 55, 202.
- 8) Das deutsche Recht lässt die Klageänderung zu, "wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich erachtet" (§ 263 DZPO). Alsdann scheint es gerechtfertigt, die Grenzen der Zulässigkeit von der "Sachdienlichkeit" her zu bestimmen, wie es Rimmelspacher (mat. Anspruch 348ff.) vorschlägt. Zur Konkretisierung dieses Begriffs sieht man sich dann aber gleichwohl gezwungen, auf den Streitgegenstand zurückzugreifen (vgl. Rimmelspacher, a.a.O. 355ff.). - Vgl. auch Lent, JbAKDR 1939/40, 208f.; ders., ZJP 65, 316; Blomeyer, ZPR § 40 VI 3 (S. 204).
- 9) Z.B. Basel-Stadt 79 ZPO; St. Gallen 175 ZPO; vgl. auch die - heute allerdings teilweise überholten - Angaben bei Meyer 27.
- 10) Zum Zweck eingehend Rimmelspacher, mat. Anspruch 352ff.; Erni 4ff.
- 11) Zumeist wird dies allerdings nicht klar herausgestellt, sondern

II. Die Klageänderung im einzelnen

Die Identität des Streitgegenstands wird durch drei Elemente bestimmt: durch die Rechtsfolge, die Rechtsschutzform und den Klagegrund. Ändert daher der Kläger im Verfahrensverlauf eines dieser Kriterien, liegt eine Klageänderung vor.

A. Änderung der Rechtsfolge

Jede "inhaltliche" (12) Änderung der im Antrag genannten Rechtsfolge führt zu einer Klageänderung, sei es, dass diese erweitert, ersetzt oder beschränkt wird (13).

Daher stellt es z.B. eine Klageänderung dar, wenn der Kläger anstelle eines Teilbetrags den Gesamtbetrag fordert (z.B. weil inzwischen weitere Raten fällig geworden sind), oder wenn statt Naturalerfüllung Schadenersatz begehrt wird (14), oder wenn der Kläger den eingeklagten Forderungsbetrag reduziert (15).

die Begründung für die Zulässigkeit der Klageänderung darin gesehen, dass das geänderte Rechtsbegehren als das mindere im ursprünglichen enthalten sei (vgl. BGE 84 I 221ff.; Lutz, Komm. ZPO N 3 a zu Art. 175 (S. 116f.); vgl. dazu unter Anm. 25). Dass im Grunde genommen aber dasselbe gemeint ist, zeigt ZR 3 Nr. 12 (S.20f.). Dort wurde der Wechsel von der Leistungs- zur Feststellungsklage für zulässig erklärt, weil der Beklagte dadurch nicht den geringsten Nachteil erleide (a.a.O., S. 21). Darauf wurde gefolgert, dass die Feststellungsklage nicht etwas anderes, sondern etwas minderes sei.

- 12) Leuch, ZBJV 55 194. - Keine Klageänderung ist es daher, wenn die Rechtsfolge bloss umformuliert oder verdeutlicht wird oder eine Verbesserung wegen Missrechnung oder Misschreibung vorgenommen wird. Bisweilen ist dies in den Prozessgesetzen ausdrücklich statuiert (Zürich 107 Ziff. 1 ZPO; Bern 95 ZPO; Schwyz 96 Ziff. 1 ZPO), muss aber auch ohne dies gelten. Ebenso Meyer 33.
- 13) Dies ist dem Grundsatz nach unbestritten. Leuch, ZBJV 55, 194f.; Hess 33; Meyer 28f.; Binkert 19f. (allgemeiner wird dabei von "Rechtsbegehren" gesprochen).
- 14) Guldener, FS Pfenninger 78.
- 15) Eine Reduktion des Rechtsbegehrens (bzw. der darin enthaltenen Rechtsfolge) in quantitativer Hinsicht ist allerdings bei einem

In den meisten Fällen lässt sich mittels eines Vergleichs der Anträge leicht feststellen, wann eine Aenderung der Rechtsfolge vorgenommen wurde. Bisweilen schlägt sich die Aenderung allerdings nicht in einer Antragsänderung nieder. So verhält es sich z.B. dann, wenn ein Kläger Fr. 5000.- aus einem Kaufgeschäft und gleichzeitig Fr. 5000.- aus einer Bürgschaft fordert, hinsichtlich beider Beträge aber ein Gesamtrechtsbegehren auf Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung von Fr. 10'000.- stellt. Alsdann ändern sich die Rechtsfolgen auch dann, wenn später Fr. 7500.- aus dem Kaufgeschäft und Fr. 2500.- aus der Bürgschaftsverpflichtung begehrt wird. Ebenso ist zu entscheiden, wenn ohne Erhöhung des Rechtsbegehrens nachträglich nebst Schadenersatz- Genugtuungsansprüche aus demselben Vorfall hergeleitet werden. Zwar bleibt auch hier, rein äusserlich betrachtet, das Rechtsbegehren unverändert, aber mit beiden (materiellen) Ansprüchen werden unterschiedliche Vermögensinteressen befriedigt: im einen Fall Ausgleich für Vermögensschaden, im andern für immateriellen Schaden (16).

Keine Aenderung der Rechtsfolge stellt es dagegen dar, wenn das Gericht aufgrund der materiellrechtlichen Ausgestaltung verpflichtet ist, eine im Antrag nur mittelbar enthaltene Rechtsfolge mitzuprüfen, und im Lauf des Verfahrens diese Rechtsfolge hervorgehoben wird (z.B. Trennung statt Scheidung, Minderung statt Wandelung etc. (17)).

einem endgültigen Verzicht immer zulässig, da dies einem teilweisen Klagerückzug gleichkommt. Leuch, ZBJV 55, 195; Kummer, Prozessrecht 113. Keine Klageänderung nehmen diesfalls Guldener (ZPR 235) und Lutz (Komm. ZPO N 3 a zu Art. 175 (S. 116)) an.

16) Da diesfalls alle Streitgegenstandstheorien verschiedene Prozessgegenstände annehmen (vgl. § 7 Anm. 119), liegt nach allen eine Klageänderung vor (ausdrücklich Walder, Handbuch 294 (Beispiel 108); Habscheid, StG 264/265). Wohl zu Unrecht stützt sich daher die gegenteilig lautende zürcherische Praxis (ZR 70 Nr. 125 (S. 340f.)); vgl. auch ZR 28 Nr. 103; Sträuli/Messmer, N 8 zu § 61) auf die Ausführungen von Guldener (vgl. ZR 70 Nr. 125 (S. 340)). - Heute ist dieser Streit insofern obsolet, als jedenfalls eine zulässige Klageänderung anzunehmen ist. Walder, Handbuch 294 (Beispiel 108).

17) Vgl. dazu vorn § 4 IV B 1, § 6 II B 1 a. - Anders Weber 106f.

B. Aenderung der Rechtsschutzform

Eine inhaltliche Aenderung des Rechtsbehrens bedeutet auch die Aenderung der nachgesuchten Rechtsschutzform. Daher ist es eine Klageänderung, wenn der Kläger, vorerst die Feststellung beantragend, dass der Beklagte ihm aus dem vorgebrachten Klagegrund Fr. 5000.- schulde, zur entsprechenden Leistungsklage wechselt (18). Ebenso verhält es sich im umgekehrten Fall, d.h. bei einem Wechsel von der Leistungs- zur Feststellungsklage (19)(20).

In allen andern Fällen ist mit dem Wechsel der Rechtsschutzform zugleich eine Aenderung der Rechtsfolge verbunden (z.B. wenn statt Unterlassung weiterer Störungen Schadenersatz für die bereits eingetretenen Beeinträchtigungen verlangt wird), so dass schon aus diesem Grunde eine Klageänderung zu bejahen ist.

C. Aenderung des Klagegrunds

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung um die Klageänderung steht die Frage nach der Identität des Klagegrunds. Dies erstaunt um so weniger, als bisweilen die Aenderung des Rechtsbehrens ohne

-
- 18) Gleich Leuch, ZVJV 55, 195 in Verbindung mit S. 201; Habscheid, droit judiciaire 265; Binkert 19; Hess 25; Meyer 33. - Die von Binkert (a.a.O.) gegebene Begründung, dies sei deshalb so, weil die "Rechtsbehauptung" geändert werde, verfängt aber kaum. Denn in beiden Fällen wird behauptet, der Beklagte schulde dem Kläger Fr. 5000.-.
- 19) Ebenso Leuch, Komm. ZPO N 10 zu Art. 94 (S. 132); Habscheid, droit judiciaire 264/265; Binkert 19. A.A. Guldener, ZPR 235 Anm. 29; Lutz, Komm. ZPO N 3 a zu Art. 175 (S. 117).
- 20) Eine solche Klageänderung ist allerdings auch dann zuzulassen, wenn im übrigen die Klageänderung verboten ist. Dies erklärt sich einerseits aus der "Teilidentität" beider Rechtsschutz-

Aenderung des Klagegrunds, nicht aber das Umgekehrte, ohne weiteres zugelassen wird (21).

Die hier vorgenommene Abgrenzung des Klagegrunds ermöglicht auch hinsichtlich dieser Frage eine eindeutige und sachgerechte Entscheidung: Keine Klageänderung stellt es dar, wenn sich die neu vorgebrachten Ausführungen im Rahmen des "strukturiert" abgesteckten Sachverhalts halten, selbst wenn sich dadurch eine Anpassung an andere (materielle) Rechte ergibt (22). Identitätszerstörend wirken dagegen Vorbringen, die ausserhalb dieses Rahmens liegen.

Innerhalb des nämlichen Klagegrunds bleibt daher der Kläger, der Schadenersatz wegen anormaler Abnützung einer Mietsache begehrt und in der Replik Tatsachen vorbringt, die ein vorerst nicht behauptetes Verschulden des Beklagten an der Wertverminderung belegen, obwohl sich dadurch die Anpassung an deliktsrechtliche Anspruchsnormen vollzieht (23).

Ebensowenig ändert sich der Klagegrund, wenn nachträglich die entgeltliche Ueberlassung eines Gegenstands an den Beklagten behauptet wird, selbst wenn sich dadurch der Anspruch nicht mehr als Gebrauchsleihe (Art. 305ff. OR), sondern als Miete charakterisiert.

Zu einem Wechsel des Klagegrunds führt es auch nicht, wenn bei einer negativen Feststellungsklage

formen (vgl. dazu hinten § 14 III), ergibt sich andererseits aber auch daraus, dass dadurch der Zweck des Klageänderungsverbots (vgl. § 12 I (bei und in Anm. 10 und 11)) nicht tangiert wird. - Im Ergebnis ist daher Guldener (ZPR 235 Anm. 29) und Lutz (Komm. ZPO N 3 a zu Art. 175 (S. 117)) zuzustimmen.

21) Bern 94 Abs. 1 ZPO (Leuch, Komm. ZPO N 2 zu Art. 94 (S. 129)); Obwalden 133 ZPO; Zug 63 Abs. 1 ZPO.

22) Anders muss entscheiden, wer den Klagegrund nach dem einzelnen materiellen Recht ausrichtet. Vgl. z.B. Kummer, Klagerecht 106.

23) Vgl. zu diesem Beispiel vorn § 7 III B 2 b aa.

nachträglich weitere Ungültigkeitsgründe vorgetragen werden, die das Nichtbestehen des Vertragsverhältnisses begründen sollen (24).

Zeichnet sich in einem Widerspruchsverfahren gemäss Art. 106ff. SchKG ab, dass an einem übergebenen Schuldbrief möglicherweise nicht ein Eigentums-, sondern ein Pfandrecht besteht, kann sich der Dritte bzw. der Gläubiger ohne Aenderung des Klagegrunds auch darauf berufen, da es sich dabei um den gleichen Sachverhaltsausschnitt handelt, der sich vorerst als "Eigentum" herausstellte (25) (26).

Nimmt der (abstrakte) Tatbestand auf einen Zustandssachverhalt Bezug, kann der Kläger seinen Sachvortrag mit Tatsachen ergänzen, die diesen "Dauerzustand" beschlagen. Deshalb steht nichts im Wege, die Ehescheidungs- bzw. Ehetrennungsklage, die vorerst mit einem ehewidrigen Verhältnis begründet wird, nachträglich mit weiteren Eheverfehlungen wie Vernachlässigung der Unterstützungs- und Beitragspflicht etc. zu stützen. Dagegen liegt ein anderer Klagegrund vor, wenn die Ehescheidungsklage nachträglich mit einem Ehebruchsverhältnis belegt wird, wenn vorerst lediglich Verfehlungen, die unter Art. 142 ZGB zu subsumieren waren, geltend gemacht worden waren (27).

Geändert wird der Klagegrund beispielsweise dann, wenn der Kläger auf Zahlung von Fr. 3000.-

-
- 24) Im Ergebnis ebenso das Kassationsgericht des Kantons Zürich hinsichtlich der Aberkennungsklage. SJZ 61, 114.
- 25) Da aufgrund der Besonderheit des Antrags auch diesbezüglich keine Aenderung notwendig ist (vgl. dazu Fritzsche, SchKG I 239), liegt keine Klageänderung vor. A.A. BGE 84 I 221ff., wobei allerdings - unter Zustimmung der Lehre (vgl. Guldener, ZPR 235 Anm. 29; Meyer 33; Hess 34) - eine stets zulässige Klageänderung angenommen wird, weil das Pfandrecht als "geringeres Recht" (BGE 84 I 226) gegenüber dem Eigentumsrecht erscheine.
- 26) Ähnlich auch das Beispiel bei Leuch (ZBJV 55, 199): Herausgabe statt aus Eigentum zufolge Niessbrauchs.
- 27) Eine solche Aenderung wird man aber wohl dann als zulässig anzusehen haben, wenn die neu vorgetragenen Klagegründe

aufgrund eines Kaufvertrags klagt und hernach - bei auftauchenden Zweifeln an der Gültigkeit des Vertrags - vorträgt, jedenfalls schulde ihm der Beklagte diesen Betrag aus einer Schuldanerkennung; denn die diesbezüglich notwendigen neuen Vorbringen betreffen einen andern Sachverhaltsausschnitt (28). Entsprechend verhält es sich beim Uebergang von einem wechselrechtlichen Anspruch zu einem Anspruch aus dem Grundgeschäft (29).

Gleich zu entscheiden ist auch bei folgendem Fall: Der Kläger strengt eine Feststellungsklage darüber an, dass er Eigentümer eines bestimmten Gegenstands sei, weil er diesen gekauft habe. Als er sieht, dass er damit wohl kaum durchzudringen vermag, behauptet er, er habe diesen Gegenstand geerbt (30).

Beizufügen bleibt, dass nur das Nachbringen von Angaben tatsächlicher Art die Frage aufwerfen kann, ob derselbe oder ein geänderter Klagegrund vorliegt. Daher wird der Klagegrund nicht geändert, wenn lediglich die Rechtsausführungen eine Aenderung erfahren (31). Unter diesem Aspekt ist folgendes Beispiel zu betrachten: Der Kläger verlangt die Rückzahlung eines Darlehens. Auf den Einwand des Beklagten hin, er sei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses minderjährig gewesen und eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters habe nicht vorgelegen, repliziert der Kläger, dies spiele deshalb keine Rolle, weil er

erst im Lauf des Verfahrens entdeckt werden. Guldener, ZPR 567; Weber 106; a.A. BGE 69 II 352.

28) Nach der "eingliedrigen" Streitgegenstandsauffassung müsste zur Entscheidung dieser Frage vorerst ein Beweisverfahren durchgeführt werden, wenn bestritten wird, dass die Schuldanerkennung die nämliche Schuld betreffe, da nur dann ein anderer Streitgegenstand (und damit eine Klageänderung) vorläge, wenn sich die Schuldanerkennung auf eine andere Schuld bezöge.

29) Ebenso auch Habscheid, StG 268.

30) Anders die h.L., die diesfalls eine "individualisierte" Klage annimmt. Vgl. vorn § 8 II A. - Dabei wird aber der Zweck des Klageänderungsverbots gänzlich ausser acht gelassen, indem unbe-

dann jedenfalls die Rückgabe aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus deliktsrechtlichen Ansprüchen fordern könne (32). Entsprechendes gilt beim Uebergang von einem vertraglichen zu einem damit konkurrierenden ausservertraglichen Anspruchsrecht (33).

Die Ausführungen zu diesem Paragraphen dürften gezeigt haben, dass sich die im Zusammenhang mit der Klageänderung auftauchenden Probleme durch den hier vertretenen Streitgegenstandsbegriff befriedigend lösen lassen.

rücksichtigt bleibt, dass die bisherige Verteidigung des Beklagten gänzlich umgestellt werden muss und auch das Gericht sich völlig neu orientieren muss.

- 31) Dies entspricht der einhelligen Lehre. Vgl. statt aller: Lutz, Komm. ZPO N 3 c zu Art. 175 (S. 118); Weber 104.
32) Gleich auch Habscheid, StG 267.
33) Vgl. dazu auch vorn § 10 II (b).

§ 13 Die objektive Klagenhäufung (Anspruchshäufung)

I. Streitgegenstand und objektive Klagenhäufung

Nach den sachlich übereinstimmenden Formulierungen der Zivilprozessgesetze liegt eine objektive Klagenhäufung vor, wenn im selben Verfahren "mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten" (1) geltend gemacht werden (2). Die gesetzliche Ausdrucksweise ("Ansprüche") lässt erkennen, dass unter der objektiven Klagenhäufung die Häufung von Streitgegenständen (= prozessuale Ansprüche) zu verstehen ist. Entsprechend lauten denn auch die Definitionen in der Literatur (3).

Obwohl man daher meinen sollte, die Entscheidung der Frage, ob eine Klagenhäufung vorliege, sei durch den allgemeinen Begriff des Streitgegenstands präjudiziert, finden sich Stimmen, die für dieses Rechtsinstitut eine andere Abgrenzung befürworten. So nimmt

-
- 1) Bund 24 Abs. 1 BZPO; Freiburg 126 ZPO; St. Gallen 108 ZPO; gleich auch § 260 DZPO. - Zürich (§ 58 Abs. 1 ZPO) und Schwyz (§ 54 Abs. 1 ZPO) sprechen von mehreren "Rechtsbegehren". Vgl. zur Identität dieses Begriffs mit "Anspruch" vorn § 5 Anm. 65.
 - 2) Zulässig ist eine objektive Klagenhäufung im allgemeinen dann, wenn das Gericht für alle Ansprüche zuständig und die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist. Vgl. zu den kantonalen Regelungen im einzelnen Guldener, ZPR 214f.; Habscheid, droit judiciaire 252ff.
 - 3) Eichenberger, (zit. § 12 Anm. 1), 131; Guldener, ZPR 214, insbes. Anm. 1 und 2 (seiner Terminologie gemäss spricht Guldener von einer Mehrheit von Klagen; ebenso Walder, Handbuch 143); für andere (Habscheid, droit judiciaire 239 (Beispiel 3), 240; Hess 24, 25; Meier 25) ergibt sich das aus ihren Ausführungen zur Bedeutung des Streitgegenstands. - Für das deutsche Recht statt vieler: Nikisch, ZPR § 45 I 1 (S. 172); Habscheid, StG 235; Bernhardt, § 55 I (S. 314); Rosenberg/Schwab, § 100 I 1 (S. 531); Zeiss, § 51 I (S. 138); Arens, ZPR Rn. 440 (S. 271); Thomas/Putzo, § 260 1 (S. 456).

etwa Kummer im Gegensatz zu seinem sonstigen Streitgegenstandsbegriff an, eine Klagenhäufung setze eine Mehrheit von Rechtsbegehren voraus (4). Eine solche Auffassung, die den theoretischen Schwierigkeiten auszuweichen versucht, welche sich aufgrund einer "zweigliedrigen" Streitgegenstandsbestimmung bei einer Mehrheit von auf die gleiche Leistung gerichteten Ansprüchen ergeben (5), vermag aber kaum zu überzeugen. Nicht nur ist nicht erklärbar, warum die Prozessgesetze hier unter "Anspruch" etwas anderes verstehen sollten als an den andern Stellen, bei denen dieser Begriff zur Umschreibung des Klageinhalts verwendet wird (Klageänderung, Rechtshängigkeit, materielle Rechtskraft) (6), sondern dies führte auch dogmatisch zu Unzulänglichkeiten. Gesetzt den Fall, ein Kläger fordert die Bezahlung von Fr. 4000.- und begründet dies mit einem Wechsel und dem diesem zugrunde liegenden Kausalgeschäft. Folgt man der Ansicht von Kummer, liegt nur ein Anspruch vor, da nur ein Begehren gestellt wird. Dagegen wäre eine Klageänderung zu bejahen, wenn vorerst nur der Wechselanspruch vorgebracht wäre, hernach aber auf das Grundgeschäft gewechselt würde (7). Hielte der Kläger daher diesfalls auch an der Beurteilung des ursprünglichen Streitgegenstands fest, führte dies zu einer nachträglichen Anspruchshäufung (8). Alsdann hinge die Entscheidung

4) Prozessrecht 151; ebenso Bruns, ZPR Rn. 133 (S. 178); Kion 149ff., der dies - ähnlich wie Bruns - mit der "Vorrangigkeit des Klageantrags" (a.a.O. 152ff.) begründet. Die gleiche Auffassung vertrat Nikisch (StG 82ff., 95ff., 109ff.) in seiner ursprünglichen Lehre. - Im Ergebnis gleich auch Blomeyer (ZPR § 42 IV 1 (S. 218)), indem er annimmt, dass konkurrierende (materielle) Ansprüche auf dieselbe Leistung bei einer Häufung ihre Selbständigkeit verlieren und zu blossen "Klagegründen" werden.

5) Nach der Auffassung von Kummer bei mehreren "Rechtsbehauptungen", d.h. bei einer Mehrheit behaupteter materieller Rechte, die auf das gleiche Ziel gerichtet sind (z.B. vertragliche/ausservertragliche Ansprüche). Vgl. vorn § 3 II B 1.

6) Vgl. immerhin Solothurn 6 ZPO.

7) Vgl. Kummer, Klagerecht 95; ausdrücklich Kion 153.

8) Siehe vorn § 12 bei und in Anm. 2.

darüber, ob ein oder mehrere prozessuale Ansprüche anzunehmen sind, davon ab, in welchem Zeitpunkt die entsprechenden Angaben vorgetragen würden: Bei gleichzeitigem Vorbringen handelte es sich um einen, bei gestaffeltem Darlegen um zwei Streitgegenstände. Dass eine solche Unterscheidung sachlich nicht zu rechtfertigen ist, hat Schwab (9) überzeugend begründet.

Es ist somit daran festzuhalten, dass der Prozessgegenstand im Zusammenhang mit der objektiven Klagenhäufung nach den gleichen Kriterien bestimmt werden muss wie z.B. bei der Klageänderung (10).

Bezogen auf die hier vertretene Ansicht bedeutet dies, dass sowohl mehrere Antragsinhalte (Rechtsfolgen und Rechtsschutzformen) als auch mehrere Klagegründe zu einer Anspruchshäufung führen müssen.

Zu prüfen ist daher, wie sich diese Streitgegenstandsbestimmung bei der objektiven Klagenhäufung bewährt.

II. Die objektive Klagenhäufung im einzelnen

A. Mehrheit der Anträge (11)

Eine Anspruchshäufung ist einmal dann gegeben, wenn im nämlichen Verfahren mehrere Anträge, d.h. mehrere Rechtsfolgen (evt. in unterschiedlichen

9) StG 106f., 124.

10) So ausdrücklich auch Nikisch, AcP 154, 286; Lent, ZZP 67, 394; Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III 1 a (S. 23); vgl. auch Baumann, ZZP 69, 365.

11) Da bei einer Mehrheit von Rechtsschutzformen immer auch eine Mehrheit von Rechtsfolgen vorliegt, erübrigt sich eine gesonderte Betrachtung, so dass hier abkürzend von "Antrag" gesprochen wird.

Rechtsschutzformen) gestellt werden. Um eine Klagenhäufung handelt es sich daher etwa in folgenden Beispielen: nebst der Herausgabe eines bestimmten Gegenstands wird die Bezahlung von Schadenersatz wegen verspäteter Lieferung verlangt, nebst der Eigentumsfeststellung die Herausgabe des Streitobjekts, nebst der Feststellung der Ungültigkeit eines Vertragsverhältnisses die Rückgabe der übergebenen Sache, die Bezahlung eines bestimmten Betrags oder die Herausgabe eines Gegenstands, die Ungültigkeitsklärung der Ehe, eventuell deren Scheidung (12).

Formell brauchen die verschiedenen Rechtsfolgen allerdings nicht in verschiedene Anträge gekleidet zu sein. Wegen der Mehrheit der Rechtsfolgen ist daher auch dann eine Klagenhäufung anzunehmen, wenn Fr. 2000.- aus einer Bürgschaft und Fr. 500.- aufgrund eines Kaufvertrags gefordert werden, hinsichtlich beider Beträge aber ein Gesamtbegehren auf Fr. 2500.- gestellt wird.

Da vom Streitgegenstand nur Rechtsfolgen materieller Art erfasst werden (13), ist keine Klagenhäufung anzunehmen, wenn neben dem Hauptbegehren Anträge prozessualer Natur (z.B. bezüglich Kosten- und Entschädigungsfolgen) vorliegen.

Ebensowenig ist aber auch eine Klagenhäufung zu bejahen, wenn der Richter verpflichtet ist, eine im Antrag nur mittelbar enthaltene Rechtsfolge mitzuprüfen (z.B. statt Wandelung Minderung (Art. 205 Abs. 2 OR)) (14) und beide Rechtsfolgen in einer Eventualstellung im selben oder in verschiedenen Rechtsbegehren aufgeführt sind.

12) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 58.

13) Dazu vorn § 5 II B 1.

14) Vgl. vorn § 4 IV B 1, § 6 II B 1 a. Zur Parallele bei der Klagenänderung § 12 II A.

Aehnlich verhält es sich bei folgendem Fall: Ein Kläger glaubt, der Beklagte schulde ihm aus einem bestimmten Vorfall Fr. 1500.-, mindestens aber Fr. 1000.-. Beantragt er daher, den Beklagten zur Bezahlung von Fr. 1500.-, eventuell von Fr. 1000.- zu verurteilen, liegt keine Häufung von Rechtsfolgen vor, da der Richter verpflichtet ist, die Klage auch unter dem Gesichtspunkt einer nur teilweisen Guttheissung zu beurteilen (15)(16).

Schliesslich sind auch "unechte" Anspruchshäufungen denkbar. Stellt ein Kläger etwa das Begehren: "Es sei festzustellen, dass der Beklagte ihm Fr. 3000.- schulde und zu bezahlen habe." (17), so zeigt die Auslegung dieses Begehrens, dass damit nicht eine Feststellungs- und eine Leistungsklage hinsichtlich des nämlichen Betrags gefordert wird, sondern dass es sich hiebei um eine Leistungsklage dreht (18).

Die Art der Anspruchshäufung (kumulative, eventuelle, alternative (19)) lässt sich dabei der Antragsstellung und dem mit der Klage verfolgten Ziel entnehmen. Vielfach ist dabei die richtige Antragsart durch das materielle Recht vorgezeichnet. Selbst wenn der Kläger daher kumulativ die Ungültigkeit und die Scheidung seiner Ehe fordert, kann es sich dabei nur um eine Eventualhäufung handeln, wobei vorrangig die Ungültigkeit zu behandeln ist (20). Desgleichen kann der Kläger nur entweder die Erfüllung eines Vertrags oder - sollte sich der Vertrag als ungültig erweisen - die Rückgabe der gelieferten "Kaufsache" begehren. Probleme stellen sich diesbezüglich kaum.

15) Vgl. hiezu vorn § 4 IV B 1; Habscheid, StG 237.

16) Denkbar ist dies etwa dann, wenn der Kläger unschlüssig ist, ob er positiven oder (geringern) negativen Schadenersatz fordern kann. Habscheid, StG 237 Anm. 8.

17) Vgl. das Beispiel in BGE 105 II 149ff. (150).

18) BGE 105 II 154; vgl. auch Sträuli/Messmer, N 9 zu § 59.

19) Zu den einzelnen Begriffen Guldener, ZPR 214; Walder, Handbuch 143.

20) Hinderling 3.

In bezug auf die Zulässigkeit gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass die Rechtsfolgen nur in kumulativer und eventueller, nicht aber in alternativer Form gehäuft werden dürfen (21). Daher ist es grundsätzlich unzulässig, entweder die Herausgabe eines bestimmten Gegenstands oder die Bezahlung von Fr. 3000.- zu fordern und die Entscheidung darüber, welcher Antrag zu beurteilen ist, dem Gericht zu überlassen. Eine Ausnahme besteht nur hinsichtlich der Wahlobligationen (Alternativobligationen) (22). Steht diesfalls das Wahlrecht für die alternativ geschuldeten Leistungen dem Schuldner zu, der die Wahl noch nicht getroffen hat, so muss das Rechtsbegehren notwendigerweise beide Leistungsinhalte umfassen (23). Alsdann lautet das Rechtsbegehren etwa: "Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger nach seiner (d.h. des Beklagten) Wahl entweder 100 Bücher zu liefern oder Fr. 4000.- zu bezahlen." (24).

B. Mehrheit von Klagegründen

1. Wird der Streitgegenstand - wie hier - im Sinne der "Zweigliedrigkeit" gefasst, so liegen auch bei einer Häufung von Klagegründen mehrere Prozessgegenstände vor. Konsequenterweise ist daher eine

21) Vgl. Eichenberger, (zit. § 12 Anm. 1), 131; Habberthür 112; Walder, Handbuch 143; Guldener, ZPR 214; Kummer, Prozessrecht 152; Lutz, N 3 zu Art. 108 (S. 69).

22) Art. 72 OR. Vgl. dazu v. Tuhr/Peter 77ff. - Guldener (ZPR 214 Anm. 4) verneint diesfalls das Bestehen einer objektiven Klagenhäufung überhaupt.

23) v. Tuhr/Peter 80: "Der Gläubiger hat 'den Gegenstand X oder Y nach Wahl des Schuldners' zu verlangen. Würde er seine Klage auf einen dieser Gegenstände richten, so hätte er mehr verlangt, als ihm gebührt." - Teilweise anders Kummer, Klagerecht 67 Anm. 1.

24) Vgl. Walder, Handbuch 143 Anm. 2.

Anspruchshäufung auch zu bejahen, wenn nicht die Anträge bzw. Rechtsfolgen, wohl aber die Klagegründe gehäuft sind.

Zu keinen Erörterungen Anlass geben dabei jene Fälle, bei denen mit der Häufung der Klagegründe auch eine Mehrheit von Rechtsfolgen verbunden ist (z.B. Herausgabe eines Mietgegenstands und Bezahlung rückständiger Mietzinsraten). Ebensowenig braucht auf jene Fälle eingegangen zu werden, bei denen nicht identische Leistungen geltend gemacht werden (z.B. Bezahlung von Fr. 2000.- aus einem Kaufvertrag, eventuell aus einem gegebenen Darlehen (25)). Bei diesen Konstellationen anerkennen alle Streitgegenstandstheorien - freilich mit unterschiedlichen Begründungen - das Bestehen einer objektiven Klagenhäufung.

Die Kontroversen haben sich dagegen um die Behandlung jener Fälle entzündet, bei denen die identischen Leistungen mit unterschiedlichen Klagegründen belegt werden. Zu nennen sind etwa das Wechsel/Grundgeschäft-Beispiel, wenn beide Anspruchsgrundlagen vorgetragen werden (26), die Forderungsklage, die auf zwei über die nämliche Schuld abgegebenen Bürgschaftsverpflichtungen gründet (27), die "Kaufpreisklage", wenn die Forderung auch aus einem abstrakten Schuldanerkennnis über den Kaufpreis hergeleitet wird (28)(29), oder die Ehescheidungsklage,

25) Keine einheitliche Auffassung besteht über die Frage der Zulässigkeit einer solchen eventuellen Klagenhäufung. Während Kummer (Prozessrecht 152) eine Eventualhäufung nur "auf Grund ein und desselben Sachverhalts" zulassen will, findet sich bei andern Autoren (z.B. Schaad 102; Guldener, ZPR 214) keine solche Beschränkung. - Nikisch (ZPR § 45 III 2 (S. 175)), Zeiss (ZPR § 51 II 1 (S. 138)) und ähnlich auch Rosenberg/Schwab (ZPR § 100 III 3 (S. 535) begrenzen die Zulässigkeit durch den wirtschaftlichen Zusammenhang.

26) Vgl. Schwab, StG 91; Habscheid, StG 251.

27) Vgl. Nikisch, ZPR § 45 IV (S. 176); Schwab, StG 89; Habscheid, StG 251.

28) Schwab, StG 75.

29) Zu berücksichtigen gilt es allerdings bei diesem Beispiel, dass die schweizerische Zivilrechtsdoktrin im abstrakten Schuld-

die auf mehrere Scheidungsgründe gestützt wird (30).

In allen diesen Beispielen liegt nach der hier vertretenen Ansicht wegen der Mehrheit der Streitgegenstände eine Anspruchshäufung vor. Zu prüfen ist daher, in welcher Häufungsart (kumulativ, eventuell, alternativ) diese Fälle geltend gemacht werden können.

2. In der schweizerischen Literatur (ebenso in der Judikatur) finden sich, sieht man von Meier (31) ab, keine Stellungnahmen zu diesem Problemkreis, obgleich der weitaus grösste Teil der Autoren in den genannten Beispielen eine Mehrheit von Streitgegenständen anerkennen müsste. Insofern dürfte die Vermutung Meiers zutreffen, "dass man sich gar nicht bewusst ist, dass trotz identischer Leistung eine objektive Klagenhäufung vorliegen kann" (32)(33). In Deutschland wird von den Vertretern einer "mehrgliedrigen" Streitgegenstandsauffassung (34) allgemein die Zulässigkeit einer kumulativen Klagenhäufung verneint (35), hingegen angenommen, solche Ansprüche könnten eventuell (36) bzw. alternativ (37) gehäuft werden.

versprechen (Schuldbekenntnis (Art. 17 OR)) - im Gegensatz zur deutschen Lehre - nicht einen selbständigen Entstehungsgrund erblickt, der zu einem eigenen (abstrakten) Forderungsrecht führt, sondern dessen Bedeutung lediglich in der Umkehrung der Beweislast sieht. Vgl. dazu umfassend v. Tuhr/Peter 266ff., 269ff., 272f. - Alsdann stellt sich die Frage nach einer Klagenhäufung nicht.

30) Vgl. Nikisch, ZPR § 45 IV (S. 176).

31) iura novit curia 67ff., 121f.

32) a.a.O. 67/68.

33) Siehe aber Guldener, ZPR 202 Anm. 49, 214 Anm. 2.

34) Nach der "eingliedrigen" Streitgegenstandstheorie liegt in den anvisierten Fällen nur ein Streitgegenstand vor. Vgl. Schwab, StG 76ff., 81ff., 84ff.; ebenso aber auch Schneider, JZ 1958, 346; ders., MDR 1968, 291; Kion 147. - Vgl. auch hinten § 13 II B (3).

35) Nikisch, AcP 154, 286f.; Habscheid, StG 251f.; anders wohl nur Henckel, Parteilehre 291.

36) Schönke/Kuchinke, § 39 III (S. 177f.); Henckel, Parteilehre 291; Georgiades 250f.

37) Nikisch, ZPR § 45 IV (S. 175f.); ders., AcP 154, 285ff.; Habscheid, StG 252ff.; Donau, JR 1960, 206; Henckel, Parteilehre 291; ders., Prozessrecht 164; Bernhardt, § 29 IV 1 b (S. 186); Schönke/Kuchinke, § 8 I 2 (S. 25), § 46 III (S. 214); Thomas/Putzo, § 260 1 b.

a) Praktisch dürfte es kaum vorkommen, dass ein Kläger die Häufung der inhaltsgleichen Ansprüche so verstanden wissen will, dass über alle (positiv) zu entscheiden ist (= kumulative Klagenhäufung). Ein rechtserhebliches Interesse des Klägers, ein gut-heissendes Urteil über mehrere, die gleiche Schuld betreffende Bürgschaftsverpflichtungen oder über zwei zu verschiedenen Gelegenheiten abgegebene (schriftliche) Schenkungsversprechen über die nämliche Schenkung zu erhalten, ist denn auch nicht erkennbar. Dem Kläger kann nur daran gelegen sein, dass ihm die beantragte Leistung überhaupt zugesprochen wird. Es verhält sich eben nicht anders als dort, wo der Kläger eine Häufung unterlässt, die Klage aber aufgrund des vorgebrachten Klagegrunds gleichwohl geschützt wird; auch diesfalls fehlt, wie allgemein anerkannt ist, für eine zweite, auf den andern Anspruchsgrund gestützte Klage ein schutzwürdiges Interesse (38). Ein allfälliges "psychologisches" Interesse an einer Prüfung beider Anspruchsgrundlagen dürfte die dadurch bedingte Mehrbelastung des Gerichts (man denke nur daran, dass über den zweiten Anspruchsgrund ein umfangreiches Beweisverfahren durchzuführen wäre) nicht aufwiegen.

Grundsätzlich zu verneinen ist daher die Zulässigkeit einer kumulativen Klagenhäufung bei einer Mehrheit von inhaltsgleichen Ansprüchen (39).

38) Aus diesem Grunde überzeugt auch die von Meier (iura novit curia 122) für seinen gegenteiligen Standpunkt angeführte Begründung nicht.

39) In diesem Sinne wohl auch Guldener, ZPR 360, insbes. Anm. 3.
- Allerdings dürfte einer Entscheidung über beide Anspruchsgrundlagen dann nichts im Wege stehen, wenn - wie dies etwa im Scheidungsprozess zutreffen mag - dadurch keine Weiterung des Verfahrens nötig ist. So Bühler, Berner Kommentar, Die Ehescheidung (Art. 137-144 ZGB), N 57 der Einl.; eine weitergehende Pflicht sehen vor Keller 220; Hinderling 98; BGE 36 II 171.
- Ebenso wird man eine kumulative Klagenhäufung diesfalls dann zuzulassen haben, wenn es dem Kläger ausnahmsweise gelingen sollte, ein rechtsrelevantes Interesse nachzuweisen.

b) Entgegen anderer Ansicht (40) ist dagegen die Zulässigkeit einer eventuellen Klagenhäufung bei mehreren, auf dasselbe Ziel gerichteten Ansprüchen zu bejahen, da andernfalls berechnigte Interessen des Klägers zugunsten einer "prozessökonomischen" Verfahrensgestaltung geopfert würden. So erlaubt beispielsweise nur eine Scheidung aus Art. 137 ZGB eine Bestrafung des Ehebrechers nach Art. 214 StGB (41). Alsdann kann aber der klagenden Partei nicht verwehrt sein, mehrere vorhandene Scheidungsgründe in dem Sinn zu häufen, dass in erster Linie eine Scheidung aus Art. 137 ZGB begehrt wird und nur für den Fall, dass das Gericht diesem Antrag aus irgendeinem Grund nicht stattgeben kann, die Beurteilung der Klage auch unter einem weiteren vorgebrachten Scheidungsgrund zu fordern (42) (43). Dies muss selbst dann gelten, wenn der Klage unter einem andern Scheidungsgrund offensichtlich stattzugeben ist, hinsichtlich der Beurteilung von Art. 137 ZGB aber ein - möglicherweise umfangreiches - Beweisverfahren durchgeführt werden muss. Ebenso wenig kann der Kläger gehindert sein, eine Beurteilung des Grundgeschäfts nur für den Fall zu beantragen, dass das Gericht seinen wechselrechtlichen Anspruch für unbegründet hält (44) (45), da ihm dadurch u.U. vollstreckungsrechtliche Vorteile erwachsen (46).

40) Habscheid, StG 251f.; Kion 152ff., 156.

41) Bühler, Berner Kommentar, Die Ehescheidung (Art. 137-144 ZGB), N 52 der Einl.; Hinderling 215/216.

42) Dies ergibt sich auch daraus, dass hinsichtlich einer Konkurrenz von Scheidungsgründen gelehrt wird, vorab sei der Scheidungsgrund des Ehebruchs zu beurteilen. Bühler, a.a.O., N 55 und N 57 der Einl.

43) Im Ergebnis ebenso auch Habscheid (StG 245f.), wenn eine "konkrete" ("beschränkte") Rechtsfolgenbehauptung aufgestellt wurde.

44) A.A. Habscheid, StG 252; Kion 156.

45) Bei einer primären Berufung auf das Grundgeschäft hat der Kläger dagegen u.U. die "Einrede des begebenen Wechsels" zu gewärtigen. Vgl. Guhl/Merz/Kummer 815; BGE 42 III 496.

46) Vgl. Art. 177ff. SchKG.

c) In aller Regel wird dem Kläger an einer bestimmten Prüfungsreihenfolge nicht gelegen sein, da es ihm genügt, wenn die Klage überhaupt gutgeheissen wird. So wird ihm regelmässig gleichgültig sein, ob seiner Forderungsklage aufgrund des am 26. 7. 77 oder am 23. 12. 78 gegebenen Schenkungsversprechens stattgegeben wird, wenn beide Male derselbe Schenkungsgegenstand betroffen ist. Es fragt sich daher, ob der Kläger in diesen Fällen auf eine Bestimmung der Prüfungsreihenfolge verzichten und die Entscheidung hierüber dem Gericht überlassen kann. Wäre diese Frage zu bejahen, läge eine (zulässige) alternative Klagenhäufung vor.

Der Haupteinwand gegen die Zulässigkeit einer alternativen Klagenhäufung lautet dahin, dass es an der Bestimmtheit des Rechtsbegehrens mangle (47). Gemünzt ist dieses Bedenken offensichtlich darauf, dass mehrere Rechtsfolgen in alternativer Form der gerichtlichen Beurteilung unterstellt werden. Für die hier anvisierten Fälle trifft dies indes nicht zu, da sich die Mehrheit der Ansprüche nur wegen der mehreren Anspruchs- bzw. Klagegründe ergibt; nicht gehäuft sind dagegen die Rechtsbegehren.

Unbegründet sind aber auch Bedenken hinsichtlich der Dispositionsmaxime. Zwar muss es als mit der Dispositionsmaxime unvereinbar gelten, wenn ein Kläger das Prozessrisiko dadurch unterlaufen wollte, dass er mehrere voneinander unabhängige Rechtsfolgen alternativ geltend macht, mit der Folge, dass die nicht beschiedene für ein zweites Verfahren aufgespart bleibt. Nicht zulässig wäre daher etwa,

47) Vgl. statt vieler: Lutz, Komm. ZPO N 3 zu Art. 108 (S. 69); Jauernig, ZPR § 88 II (S. 279).

wenn ein Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung von Fr. 1000.- begehrte und hiezu ausführte: Der Beklagte schulde ihm diesen Betrag zweimal, einmal aus einem gewährten Darlehen, einmal wegen einer Sachbeschädigung an einem ihm gehörenden Gegenstand; im hängigen Verfahren wolle er aber nur einen dieser Ansprüche geprüft haben; welchen das Gericht beurteilen wolle, überlasse er ihm (48). Hier käme der Kläger seiner aus der Dispositionsmaxime fliessenden Dispositionslast nicht nach (49). Anders verhält es sich aber bei den hier diskutierten Fällen, da keine Unsicherheit in den Prozess hineingetragen wird und ein zweites Verfahren jedenfalls ausgeschlossen ist: Wird die Klage gestützt auf das Schenkungsversprechen vom 26. 7. 77 gutgeheissen, fehlt dem Kläger ein Interesse an der Beurteilung des Schenkungsversprechens vom 23. 12. 78; wird die Klage abgewiesen, erstreckt sich die Rechtskraft auf beide Schenkungsversprechen. Da daher von Anfang an feststeht, was der Kläger will und wie weit die Rechtskraft reicht, ist nicht ersichtlich, inwiefern ein solches Vorgehen der Dispositionsmaxime widersprechen könnte.

Gegen die Zulässigkeit einer alternativen Klagenhäufung für den Fall, dass eine Mehrheit von auf das gleiche Ziel gerichteten Ansprüchen geltend gemacht wird, lässt sich daher nichts einwenden (50).

3. Vergleicht man die hier erzielten Ergebnisse mit den Resultaten von Schwab, der zu seiner "eingliedrigen" Streitgegenstandslehre hauptsächlich deshalb gelangte, weil er eine Klagenhäufung bei mehreren inhaltsgleichen Ansprüchen als nicht annehmbar hielt (51), stellt

48) Für zulässig hält Habscheid (StG 255ff.) diesfalls eine alternative Klagenhäufung. Wie hier dagegen Nikisch, AcP 156, 76.

49) Vgl. dazu vorn § 6 II B 2.

50) Die Einwände Schwabs (StG 84ff.; vgl. auch Arens, Verjährungsunterbrechung und bestimmter Klageantrag, JuS 1964, 396) aus der Bedingungslehre dürften durch die Ausführungen Habscheids (StG 253ff.) endgültig widerlegt sein.

51) Vgl. StG 74 - 87.

man fest, dass sich keine Divergenzen ergeben (52). Ob man dann aber - wie Schwab - die Zulässigkeit einer eventuellen bzw. alternativen Häufung von Klagegründen innerhalb eines einheitlichen Streitgegenstands bejaht, oder ob man - wie hier - von einer eventuellen bzw. alternativen Häufung von Ansprüchen ausgeht, die auf das gleiche Ziel gerichtet sind, spielt in ihrer praktischen Auswirkung keine Rolle (53). Indessen sieht man sich nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung nicht gezwungen, innerhalb eines einheitlichen Streitgegenstands auf Teilbereiche aus sachfremden Rechtsinstituten (eventuelle bzw. alternative Häufung von "Klagegründen") zurückzugreifen (54).

4. Nachzutragen bleibt noch, dass eine eventuelle oder alternative Klagenhäufung bei einer Mehrheit von Anspruchsgrundlagen nur dann eintritt, wenn es sich auch tatsächlich um mehrere Klagegründe im hier verstandenen Sinn handelt. Da der Klagegrund lediglich ein zeitlicher Ausschnitt aus einem tatsächlichen Geschehen ist, auf den die (abstrakten) Tatbestände der materiellen Rechtsnormen Bezug nehmen, trifft dies dann nicht zu, wenn bloss die Rechtsgründe in irgendeiner Art gehäuft werden. Keine Klagenhäufung liegt daher vor, wenn der Kläger ausführt, der geforderte Schadenersatzanspruch sei als vertraglicher, eventuell als ausservertraglicher zu qualifizieren, oder wenn er geltend macht, der geforderte Betrag sei

52) Diese ergeben sich auch nicht dadurch, dass bei Annahme einer Klagenhäufung eine Trennung des Verfahrens oder ein Teilurteil in Frage käme. Denn aufgrund der engen Verbundenheit beider Ansprüche ist dies nach einhelliger Ansicht (vgl. nebst den in Anm. 37 aufgeführten Literaturangaben auch Rimmelspacher, mat. Anspruch 336, und die dort zit. Literatur) ausgeschlossen.

53) Bezeichnenderweise lässt denn auch Rimmelspacher (mat. Anspruch 335ff.) die Frage überhaupt offen, ob in den genannten Fällen ein oder mehrere Streitgegenstände anzunehmen sind.

54) Konsequenterweise verneint denn auch Kion (S. 152ff.), der nur einen Streitgegenstand annimmt, die Zulässigkeit einer eventuellen Häufung von "Klagegründen".

ihm aufgrund eines "Mietanspruchs", eventuell aufgrund eines "Pachtanspruchs" zuzusprechen, sofern sich der Kläger dabei auf den gleichen Sachverhalt beruft (55).

55) Dem Grundsatz nach ist dies unbestritten. Vgl. z.B. Sträuli/Messmer, N 1 zu § 58; Haberthür 113. - Wer den Streitgegenstand nach dem einzelnen behaupteten materiellen (Anspruchs-)Recht ausrichtet, müsste allerdings bei konsequenter Auffassung in diesen Beispielen eine (eventuelle) Klagenhäufung sehen.

§ 14 Die objektiven Grenzen der Rechtshängigkeit

I. Streitgegenstand und Rechtshängigkeit

Der Zustand der Rechtshängigkeit einer Klage zeitigt verschiedenste Folgen materiell-rechtlicher wie prozessualer Art (1). Unmittelbare Bedeutung hat der Streitgegenstand dabei im Bereich der "Einrede der Rechtshängigkeit" (2).

Die Einrede der Rechtshängigkeit besagt, dass der Rechtsschutz in einem zweiten Verfahren zumindest auf entsprechende Einrede hin zu versagen ist, wenn der nämliche "Anspruch" (3), dieselbe "Streitsache" (4) bzw. "Sache" (5) bereits Gegenstand eines zwischen den gleichen Prozessparteien geführten Rechtsstreits bildet (6).

Bereits daraus ist ersichtlich, dass der Streitgegenstand über die (objektiven) Grenzen der Rechtshängigkeitssperre entscheidet: Die Rechtshängigkeitseinrede greift nur ein, wenn in beiden Prozessen der gleiche Verfahrensgegenstand vorliegt. Differieren die Streitgegenstände, fällt die Einrede ins Leere (7).

Demgegenüber dehnt Habscheid die Grenzen der

1) Siehe hiezu Habscheid, *droit judiciaire* 249ff.; Kummer, *Prozessrecht* 110f.; Guldener, ZPR 230.

2) Diese Ausdrucksweise hat sich in der Zivilprozessrechtslehre eingebürgert, obwohl die Rechtshängigkeit nach verschiedenen Prozessgesetzen von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Obwalden 51 Abs. 2 lit. e ZPO; Solothurn 55 Abs. 2 lit. e ZPO. Vgl. auch Leuch, *Komm. ZPO* N 4 zu Art. 160; Kummer, *Prozessrecht* 111 (beide für Bern); Lutz, *Komm. ZPO* Ziff. 4 zu Art. 281 (S. 206) (für St. Gallen).

3) Bund 22 BZPO.

4) Zug 82 Ziff. 1 ZPO.

5) Zürich 107 Ziff. 2 ZPO; Schwyz 96 Ziff. 2 ZPO.

6) Im schweizerischen Rechtsbereich ist daher der von Nikisch (StG 54, vgl. auch ders., ZPR § 46 II (S. 177), § 47 II (S. 179)) begangene Weg einer Trennung von (prozessualen) Anspruch und Streitsache versperrt.

7) Dies entspricht der fast einhelligen Lehre. Vgl. Guldener, ZPR 239;

Rechtshängigkeitssperre über die Identität des Streitgegenstands aus, indem er im Rechtsschutzinteresse eine "notwendige Ergänzung" der Rechtshängigkeit sieht (8). So verneint Habscheid z.B. das Rechtsschutzinteresse für eine Klage aus dem Grundgeschäft, wenn anderweitig ein Verfahren über einen damit zusammenhängenden Wechselanspruch geführt wird, obwohl es sich dabei um verschiedene Streitgegenstände handelt (9). Eine solche Erstreckung ist indes abzulehnen. Denn abgesehen von der Unvereinbarkeit dieser Lösung mit der bundesrechtlich verankerten Forderung nach Ermöglichung jederzeitigen Rechtsschutzes für fällige Ansprüche (10), ist das Rechtsschutzinteresse für eine zweite Klage schon deshalb zu bejahen, weil die Klageerhebung eine Form der Verjährungsunterbrechung darstellt (vgl. Art. 135 Ziff. 2 OR), die dem Kläger nicht genommen werden darf (11). Zuzumuten ist dem Kläger höchstens eine Sistierung des zweiten Verfahrens (12). Abgesehen davon erscheint aber auch die praktische Bedeutung einer solchen Differenzierung gering, da der Kläger vielfach im eigenen Interesse auf das Anheben eines zweiten Prozesses verzichtet. So wird ein Kläger, der eine "Kaufpreisklage" angestrengt hat, kaum daran interessiert sein, während der Dauer dieses Verfahrens einen zweiten Rechtsstreit um die Rückgabe des Kaufgegenstands zu führen mit der Begründung, der Kaufvertrag sei ungültig, da er sich dadurch selbst die Grundlage für den Erst-

Lutz, Komm. ZPO Ziff. 4 zu Art. 281 (S. 207); Leuch, Komm. ZPO N 4 zu Art. 160 (S. 177); Sträuli/Messmer, N 12 zu § 107; Schwab, StG 123; Henckel, Parteilehre 288f. Ebenso auch BGE 80 I 262.

8) StG 275, 277ff., 280.

9) StG 280; ders., droit judiciaire 250 Anm. 1.

10) Vgl. dazu vorn § 4 IV C 2 b.

11) Durch das Erheben der Wechselklage wird die Verjährung für das Grundgeschäft nicht unterbrochen. v. Tuhr/Escher 227.

12) Ebenso Henckel, Parteilehre 289, insbes. Anm. 130.- Ist das Bestehen der Wechselforderung unbestritten, führt die "Einrede des begebenen Wechsels" im Verfahren um die Kausalforderung zur Sachabweisung aufgrund der angenommenen Stundung der Forderung aus dem Grundgeschäft. Vgl. die Angaben in § 13 Anm. 45.

prozess entzöge (13).

Es besteht somit kein Grund, die Rechtshängigkeit über die Identität des Streitgegenstands auszuweiten (14). Bezogen auf die hier vertretene Auffassung bedeutet dies, dass die Einrede der Rechtshängigkeit nur dann wirksam erhoben werden kann, wenn die nämliche Rechtsfolge in der gleichen Rechtsschutzform aufgrund des identischen Klagegrunds erneut klageweise geltend gemacht wird. Unterscheiden sich die beiden Klagen in einem dieser Elemente, dreht sich der Streit um einen andern (prozessualen) Anspruch, so dass die Rechtshängigkeitssperre nicht eingreift.

Im folgenden ist daher aufzuzeigen, wie sich dies im einzelnen auswirkt.

II. Identität der Rechtsfolge

Die Rechtshängigkeitssperre setzt einmal die Identität der Rechtsfolgen voraus; gebricht es daran, ist zufolge der Nichtidentität der Streitgegenstände ein zweites Verfahren zulässig.

Das Feststellen der Identität der Rechtsfolgen, was auch in diesem Zusammenhang mittels eines Vergleichs der Anträge erfolgt, dürfte in aller Regel kaum zu Schwierigkeiten führen. Keine Identität liegt z.B.

13) Ohne weiteres möglich ist es dagegen, beide Ansprüche in Eventualstellung im selben Verfahren geltend zu machen.

14) Die Auffassung Blomeyers (ZPR § 49 III 2 (S. 246f.)), wonach sich die Verbote der Klageänderung und der mehrfachen Prozessführung gegenseitig ausschliessen sollen, mithin also die Rechtshängigkeitssperre dann eingreifen soll, wenn die Möglichkeit zu einer entsprechenden Klageänderung im Erstverfahren besteht, widerspricht dem nur scheinbar. Das zeigt sich gerade an dem von Blomeyer in den Vordergrund gerückten Beispiel der Teilklagen. Diesfalls hat der Kläger nach § 264 Ziff. 2 DZPO (= § 268 Ziff. 2 aDZPO) ohne weiteres die Möglichkeit zu einer Erweiterung der Klage; auf ein zweites Verfahren ist er daher nicht angewiesen. Auch nach der Ansicht von Blomeyer ist der

vor, wenn nebst der Leistung X die Leistung Y, nebst Naturalrestitution allenfalls Schadenersatz, nebst unentgeltlicher Ausbesserung eines schadhaften Werks Ersatz für allfällig gleichwohl verbliebenen Minderwert, oder wenn nebst der Herausgabe eines bestimmten Gegenstands Schadenersatz infolge Verzugs der Vertragsleistung begehrt wird, oder wenn parallel zur Testamentsungültigkeitsklage (Art. 519ff. ZGB) die Herabsetzungsklage (Art. 522 ZGB) angestrengt wird (15).

Zu berücksichtigen ist allerdings auch hier die bereits mehrfach erwähnte Besonderheit: Identität der Rechtsfolgen besteht auch dann, wenn sich die richterliche Kognitionsbefugnis bzw. -pflicht auf Rechtsfolgen erstreckt, die im Antrag nur mittelbar enthalten sind (z.B. Antrag auf Minderung bei begehrter Wandelung (Art. 205 Abs. 2 OR)).

III. Identität der Rechtsschutzform

A. Allgemeines

Praktisch müsste sich der Unterschied zwischen jenen Auffassungen, die den Streitgegenstand

Kläger aber nicht gehindert - wie er es bei Eingreifen der Rechtshängigkeitseinrede sein müsste -, während der Dauer des Erstprozesses den noch nicht eingeklagten Teil der gerichtlichen Beurteilung zu unterstellen; unzulässig soll es bloss sein, den Restbetrag bei einem andern Gericht einzuklagen. Alsdann betreffen die Ausführungen Blomeyers aber nicht eigentlich den Umfang der Rechtshängigkeitseinrede, sondern die davon verschiedene Frage, inwieweit bei nicht identischen Ansprüchen ein (ausschliesslicher) Gerichtsstand des Sachzusammenhangs anzunehmen und - wie zu ergänzen wäre (vgl. Rimmelpacher, mat. Anspruch 323/324; Leuch, Komm. ZPO N 4 zu Art. 160 (S. 178)) - ein einheitliches Verfahren durchzuführen wäre. Vgl. zur Ansicht Blomeyers auch Rimmelpacher, mat. Anspruch 323f.

- 15) Vielfach dürfte in den genannten Beispielen allerdings die zweckmässigere Lösung der objektiven Klagenhäufung vorgezogen werden, so dass sich eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Rechtshängigkeit nicht stellt.

als "Rechts-" bzw. "Rechtsfolgenbehauptung" bezeichnen, und jenen Ansichten, die - wie hier - zur Bestimmung des Streitgegenstands auch auf die Rechtsschutzform abstellen, insbesondere bei der Rechtshängigkeit auswirken. Denn da die Rechtsschutzform nach der abgelehnten (16) Theorie nichts zur Anspruchsindividualisierung beiträgt, müsste die Einrede der Litispendenz immer dann durchgreifen, wenn die nämliche Rechts- bzw. Rechtsfolgenbehauptung (z.B. die "Behauptung", der Beklagte schulde dem Kläger Fr. 5000.- (17)) Gegenstand des Verfahrens bildete, unabhängig von der geltend gemachten Rechtsschutzform (18).

Dass diese Konsequenz aber zu Recht nicht gezogen wird, soll anhand der einzelnen Rechtslagen dargelegt werden.

B. Verhältnis von Feststellungs- und Leistungsklage

1. Positive Feststellungs- und Leistungsklage

Ist eine (positive) Feststellungsklage anhängig, so steht der nachträglich erhobenen Leistungsklage über den ansonsten identischen (prozessualen) Anspruch die Rechtshängigkeit nicht entgegen; denn wegen der unterschiedlichen Rechtsschutzformen sind die Streitgegenstände beider Verfahren verschieden (19) (20).

16) Vgl. dazu vorn § 6 II B 1 b.

17) Siehe Nikisch, StG 14; Kummer, Klagerecht 70.

18) Konsequent daher Bettermann, Rechtshängigkeit 26ff.

19) Im Ergebnis entspricht dies der ganz herrschenden Lehre: Schauwecker 23; Helg 67; Weber 95; Leuch, Komm. ZPO N 4 zu Art. 160 (S. 177); Habscheid, droit judiciaire 246/247, 250f.; Lent, ZZP 65, 330; Bötticher, FS Rosenberg 87; Rosenberg/Schwab, § 101 III 1 c (S. 541); Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 263 III 3 b (S. 1055); a.A. Bettermann, Rechtshängigkeit 26.

20) Durch die dem Kläger nach vielen Prozessgesetzen eingeräumte Be-

Da indes zwischen der Leistungs- und der Feststellungsklage insofern eine "Teilidentität" (21) besteht, als bei jener notwendigerweise auch über das Bestehen des prozessualen Anspruchs zu befinden ist, fällt durch das Erheben der Leistungsklage das Interesse für den Feststellungsprozess dahin, so dass dieser abzuschreiben ist (22) (23). Dies gilt selbstverständlich nur dann, wenn im übrigen der nämliche Anspruch zur Entscheidung steht, nicht also z.B. für den Fall, dass nebst der Eigentumsfeststellungsklage die Herausgabe des als Eigentum beanspruchten Gegenstands begehrt wird; denn über das Eigentum wird durch die Herausgabeklage nicht rechtsverbindlich entschieden (24). Ebenso wenig ist der Feststellungsprozess mittels eines Prozessurteils zu erledigen, wenn die Feststellungsklage über die Leistungsklage hinausgeht, indem etwa ein Teilbetrag während der Dauer des Feststellungsverfahrens fällig geworden ist und der Kläger hierüber eine Leistungsklage anstrengt (25).

Dagegen ist die Einrede der Rechtshängigkeit begründet, wenn der Leistungsklage die Feststellungsklage folgt (26). Dies erklärt sich aus der erwähnten Teilidentität beider Klagen: Der Umfang der aus sachlichen Gründen abgewiesenen Leistungsklage deckt

-
- fugnis, die Klage in diesem Sinne zu ändern, ist die praktische Bedeutung im Rahmen der Rechtshängigkeit gering. - Für das deutsche Recht verpflichten Blomeyer (Berliner FS 63ff.), Habscheid (StG 271), Lücke (JuS 1969, 301) und andere den Kläger auf die Klageerweiterung im Sinne von § 264 Ziff. 2 DZPO.
- 21) Lücke, JuS 1969, 301; Grunsky, § 5 III 1 (S. 36).
- 22) Leuch, Komm. ZPO N 4 zu Art. 160 (S. 177); Arens, ZPR Rn. 130 (S. 82), Rn. 167 (S. 106).
- 23) Damit steht keineswegs im Widerspruch, dass ein Feststellungsprozess u.U. auch dann weiterzuführen ist, wenn inzwischen die Leistungsklage möglich geworden ist (vgl. BGE 97 II 376f.; ZR 55 Nr. 60 (S. 124); vgl. auch Blomeyer, Berliner FS 65 Anm. 41), da obige Ausführungen nur auf jene Fälle zugeschnitten sind, bei denen tatsächlich eine zweite Klage erhoben wurde.
- 24) Vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Das Eigentum (Art. 641 - 654 ZGB), N 43 zu Art. 641; ebenso auch Grunsky, § 5 III 1 (S. 37).
- 25) Für diesen Teilbetrag fällt dann aber das Feststellungsinteresse dahin. Um parallele Verfahren zu vermeiden, wird es u.U. zweckmässig sein, den Leistungsprozess zu sistieren.
- 26) Helg 66f.; Leuch, Komm. ZPO N 4 zu Art. 160 (S. 177); Schwab, StG 130.

sich mit jenem der abgewiesenen (positiven) Feststellungsklage (27); mit der Verurteilung zur Leistung ist zugleich das Bestehen des Anspruchs bejaht (28).

2. Negative Feststellungs- und Leistungsklage

Das Verhältnis von der negativen Feststellungs- zur Leistungsklage gestaltet sich dem Grundsatz nach gleich wie dasjenige zwischen positiver Feststellungs- und Leistungsklage.

So hindert die Rechtshängigkeit einer negativen Feststellungsklage nicht das nachträgliche Erheben der entsprechenden Leistungsklage (29); denn auch diesfalls sind die Streitgegenstände der unterschiedlichen Rechtsschutzformen wegen nicht identisch. Durch das Geltendmachen der Leistungsklage entfällt allerdings auch hier das Rechtsschutzinteresse am Feststellungsprozess, so dass dieser durch Prozessurteil zu beenden ist (30)(31). Voraussetzung bildet freilich, dass die Leistungsklage in jedem Fall zumindest insoweit Rechtskraft wirkt, als es bei der

27) Statt vieler: Habscheid, StG 270; Rosenberg/Schwab, § 101 III 1 c (S. 541).

28) Nikisch, ZPO § 47 II 3 (S. 180).

29) Leuch, Komm. ZPO N 4 zu Art. 160 (S. 177); Lutz, Komm. ZPO Ziff. 4 zu Art. 281 (S. 207); Sträuli/Messmer, N 12 zu § 107; Helg 67; Schwab, StG 130f.; BGE 105 II 232f.; BGH, NJW 1973, 1500f.; a.A. Bettermann, Rechtshängigkeit 32; Handelsgericht St. Gallen (SJZ 59, 110f.).

30) Habscheid, StG 273; Arens, ZPR Rn. 130 (S. 82); Thomas/Putzo, § 256 I 5 d (S. 500), § 261 4 c (S. 461/462); BGH, NJW 1973, 1500; vgl. auch Blomeyer, Berliner FS 66ff.; Lücke, JuS 1969, 301f. (beide mit Verpflichtung des Klägers zur Leistungswiderklage).

31) Eine Ausnahme wird dann zugelassen, wenn der (negative) Feststellungsprozess entscheidungsreif ist. Vgl. Arens, ZPR Rn. 130 (S. 82); BGH, NJW 1973, 1500; kritisch Blomeyer, Berliner FS 68f.

negativen Feststellungsklage der Fall gewesen wäre (32) (33). Damit entfallen zugleich auch die Bedenken des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen (34), da allfällige Urteilkollisionen ausgeschlossen sind.

An der Rechtshängigkeitssperre scheitert dagegen die negative Feststellungsklage, wenn die nämliche Forderung bereits Gegenstand eines Leistungsprozesses bildet (35), da die Leistungsklage die negative Feststellungsklage einschliesst: Wird die Leistungsklage gutgeheissen, ist damit ausgesprochen, dass der Anspruch besteht (entsprechend der aus sachlichen Gründen abgewiesenen negativen Feststellungsklage); wird sie aus materiellen Gründen abgewiesen, stellt sie fest, dass der Anspruch nicht besteht (entsprechend der Guttheissung der negativen Feststellungsklage).

C. Verhältnis von positiver zu negativer Feststellungsklage

Unbestritten ist, dass bei einem Zusammentreffen von positiver und negativer Feststellungsklage die Einrede der Rechtshängigkeit immer gegeben ist, wenn mit der Zweitklage das kontradiktorische Gegenteil (z.B. Feststellung, dass A Eigentümer des Gegenstandes X. sei; Feststellung, dass A nicht Eigentümer

32) Dies trifft namentlich dann nicht zu, wenn dem Rückzug einer Klage keine Rechtskraft beigemessen wird, wie z.B. in Graubünden (vgl. Art. 129 Abs. 1 ZPO; Weber 81, 82f.; Guldener, ZPR 402 Anm. 13). Denn diesfalls könnte der Kläger des Leistungsprozesses durch Rückzug seiner Klage ein rechtskräftiges Sachurteil überhaupt vereiteln.

33) Bei der Kostenaufgabe ist zu berücksichtigen, dass die "Gegenstandslosigkeit" des negativen Feststellungsverfahrens durch den in diesem Prozess Beklagten verursacht wurde. Auch dieser Gesichtspunkt spricht daher nicht gegen die aufgezeigte Lösung. Vgl. zur Kostenaufgabe auch Leuch, Komm. ZPO N 3 zu Art. 174 (S. 197).

34) SJZ 59, 110f.

35) Leuch, Komm. ZPO N 4 zu Art. 160 (S. 177); Helg 66/67; ZR 75 Nr. 33

dieses Gegenstands sei) begehrt wird (36). Dies erklärt sich daraus, dass der Entscheidungsumfang beider Klagen der gleiche ist: Die Abweisung der positiven Feststellungsklage besagt nichts anderes als die Gutheissung der negativen Feststellungsklage und umgekehrt (37).

IV. Identität des Klagegrunds

Da zur Anspruchsidentität nebst der Gleichheit von Rechtsfolge und Rechtsschutzform auch die Uebereinstimmung des Klagegrunds gefordert ist, wirkt die Einrede der Litispendenz nur, wenn sich beide Klagen auch hinsichtlich dieses Bestimmungselementes decken. Dies trifft, um es zu wiederholen, dann zu, wenn der gleiche, "strukturiert" begrenzte Sachverhaltsausschnitt betroffen ist.

Daher steht die Rechtshängigkeit einer zweiten Klage entgegen, mit der ausservertragliche Haftungsansprüche geltend gemacht werden, wenn bereits ein Verfahren über konkurrierende vertragliche Schadensersatzansprüche anhängig ist (38). Ein Nebeneinander einer vertraglichen und einer "bereicherungsrechtlichen" Klage um die Rückzahlung eines hingegebenen Darlehens ist in gleicher Weise ausgeschlossen (39).

Dagegen ist der Kläger nicht gehindert, während

(S. 106ff.), wo begründet wird, dass davon auch die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) keine Ausnahme macht; Bettermann, Rechtshängigkeit 27ff; Habscheid, StG 272; Thomas/Putzo, § 261 4 c.

36) Vgl. statt aller: Guldener, ZPR 198 Anm. 36; Nikisch, StG 120.

37) Soweit allerdings auf Feststellung geklagt ist, dass der Kläger nichts schulde (negative Feststellungsklage), stellt die Abweisung dieser Klage nur fest, dass der Kläger etwas schulde; nicht rechtskräftig entschieden wird dagegen über die Höhe des geschuldeten Betrags. Vgl. zur prozessualen Behandlung Blomeyer, Berliner FS 66.

38) Zur Identität des Klagegrunds in diesem Fall vorn § 7 III B 2 b dd.

39) Vgl. zu diesem Beispiel § 7 III B 2 b dd.

der Dauer eines Ehescheidungsprozesses eine zweite Klage mit dem gleichen Ziel, aber gestützt auf einen andern Gestaltungsgrund anzustrengen. Allerdings ist diesfalls - gleich wie bei einer Scheidungsklage der beklagten Partei (40) - ein ausschliesslicher Gerichtsstand des Sachzusammenhangs anzunehmen, so dass eine mehrfache Prozessführung u.U. an verschiedenen Orten aus diesem Grunde verunmöglicht ist (41).

Ebensowenig ist es dem Kläger verwehrt, während eines über einen Wechselanspruch geführten Prozesses den gleichen Forderungsbetrag aufgrund des Kausalgeschäfts zu begehren (42).

Nach der hier vertretenen Auffassung steht die Rechtshängigkeit einer Eigentumsfeststellungsklage an einem bestimmten Gegenstand einer zweiten, mit einem andern Erwerbsgrund begründeten gleichen Klage an sich nicht entgegen. Gleichwohl wird es praktisch nicht vorkommen, dass zwei parallele Verfahren durchzuführen sind. Denn der Kläger, der behauptet, ihm stehe das Eigentum an einem bestimmten Klavier infolge einer Erbschaft zu, wird die Stichhaltigkeit seiner Argumentation kaum dadurch widerlegen, dass er in einem gleichzeitig geführten zweiten Prozess ausführt, ihm sei das Klavier geschenkt worden (43). Ebenso gestaltet sich die Rechtslage bei dem von Habscheid (44) gebildeten Beispiel einer "Konkurrenz" zwischen einer "Kaufpreis-" und einer "Bereicherungsklage".

40) Vgl. Hinderling 191f.; Guldener, ZPR 103/104; BGE 80 II 98f., 74 II 69f.

41) Soweit zulässig wird der Kläger allerdings zumeist den Weg der Klageänderung vorziehen, was zu einer nachträglichen objektiven Klagenhäufung führt.

42) Gleich Henckel, Parteilehre 289; a.A. Habscheid, StG 280; ders., droit judiciaire 250; Schwab, StG 127, sofern der Wechselanspruch nicht im Urkundenprozess geltend gemacht wird. - Zu gewärtigen hat der Kläger im Zweitprozess allerdings die "Einrede des begebenen Wechsels". Vgl. vorn Anm. 12.

43) Ohne weiteres denkbar ist dagegen das Vorbringen in Eventualstellung im nämlichen Verfahren.

44) StG 278.

Man sieht daher, dass die hier vorgenommene Abgrenzung des Klagegrunds auch bei diesen, im Rahmen der Streitgegenstandsdiskussion durchwegs umstrittenen Fällen zu akzeptablen Lösungen führt.

Dasselbe gilt für den BGE 80 I 259ff. zugrunde liegenden Fall. Dort hatte die Klägerin die Zuweisung einer landwirtschaftlichen Liegenschaft einmal kraft bürgerlichen Erbrechts (beim zuständigen Gemeinderat), einmal aufgrund eines Testaments (beim Zivilgericht) begehrt. Entgegen der Ansicht der kantonalen Instanzen - das Bundesgericht brauchte diese Frage nicht zu entscheiden - handelte es sich dabei um verschiedene Klagegründe, da die (abstrakten) Tatbestände der anwendbaren Rechtsnormen auf verschiedene Sachverhalte abstellen, so dass die Rechtshängigkeitseinrede zu Unrecht geschützt wurde. Die gegenteilige Auffassung befriedigt schon deshalb nicht, weil im Verfahren vor dem Gemeinderat offenbar (45) die testamentarische Zuweisung nicht berücksichtigt werden konnte (46).

Nachzutragen bleibt, dass bisweilen nur der Rechtsfolge und dem Klagegrund zusammen zu entnehmen ist, dass verschiedene Streitgegenstände zur Beurteilung stehen und somit ein zweites Verfahren nicht an der Rechtshängigkeitssperre scheitert. So verhält es sich z.B. dann, wenn verschiedene Teilklagen in der nämlichen Forderungshöhe geltend gemacht werden. Trotz der scheinbaren Gleichheit von Rechtsfolge und Klagegrund bildet jede Teilklage einen eigenen Verfahrensgegenstand (47). Grund-

45) Vgl. BGE 80 I 260, 262.

46) In materieller Hinsicht ist allerdings zu berücksichtigen, dass heute die Verfügungsmacht über die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks beschränkt ist (vgl. Art. 621 bis ZGB). Vgl. zur Regelung unter dem alten Recht noch BGE 90 II 1.

47) Vgl. § 7 II B 2.

sätzlich gleich ist bei folgendem Fall zu entscheiden:
Ein Kläger verlangt die Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung von Fr. 5000.- als Schadenersatz und - gestützt auf den gleichen Vorfall - den gleichen Betrag in einem zweiten Verfahren als Genugtuung (hiez zu kann es etwa kommen, wenn der Kläger wegen der Eventualmaxime gehindert ist, den Genugtuungsanspruch nachträglich im selben Verfahren zu substantiieren, aber die Verjährung droht). Auch hier liegen nicht identische Ansprüche vor (48). Dies zeigt sich schon daran, dass der Kläger in Wirklichkeit Fr. 10'000.- erhalten will.

48) Dies entspricht der einhelligen Auffassung in der Lehre. Vgl. § 7 Anm. 119; § 12 Anm. 16. - Zumindest bei der Rechtshängigkeit lässt sich die zürcherische Praxis, wonach Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch nur einen Streitgegenstand bilden (vgl. die Angaben in § 12 Anm. 16) nicht aufrechterhalten; denn es ist kein Grund ersichtlich, der es dem Kläger verbieten sollte, während der Dauer eines Schadenersatzprozesses auch seinen (vermeintlichen) Genugtuungsanspruch einzuklagen.

§ 15 Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft

I. Einleitendes

Eine der wichtigsten Wirkungen eines in formelle Rechtskraft erwachsenen (Sach-)Urteils (1) ist seine materielle Rechtskraft, d.h. die (inhaltliche) Verbindlichkeit des Entscheids für spätere Prozesse zwischen den durch die Rechtskraft betroffenen Personen (2).

Die materielle Rechtskraft dient der Verhinderung widersprechender Urteile, indem sie den Richter eines spätern Verfahrens an den von ihr erfassten Entscheidungsinhalt bindet. Sie schliesst aus, dass über die beschiedene Sache - zumindest gegen den Willen einer Partei (3) (4) - ein zweites Mal verhandelt bzw. abweichend entschieden werden kann (= negative Rechtskraftwirkung) (5), und bindet den Richter für den Fall, dass eine definitiv beurteilte Frage in einem andern Verfahren als Vorfrage auftaucht,

1) Zur Rechtskraft der Prozessurteile vorn § 5 II B 1 c.

2) Vgl. zum Begriff der materiellen Rechtskraft Guldener, ZPR 364; Walder, Handbuch 261; Lutz, Komm. ZPO N 1 zu Art. 191 (S. 132).

3) Grundsätzlich der kantonalrechtlichen Regelung anheimgestellt ist, darüber zu befinden, ob die Rechtskraft eines Urteils von Amtes wegen oder nur auf entsprechende Einrede hin ("Einrede der Rechtskraft") zu berücksichtigen ist. Vgl. zu den unterschiedlichen kantonalen Regelungen Balmer 438ff.; Guldener, ZPR 386f. - Umstritten ist allerdings, ob das Bundesrecht in bestimmten Fällen eine Berücksichtigung von Amtes wegen fordert; vgl. Hägi 219ff.; Habscheid, SJZ 74, 205; mit Bezug auf den Ehescheidungsprozess Bühler, Berner Kommentar, Die Ehescheidung (Art. 137 - 144 ZGB), N 114 der Einl. (mit weitem Hinweisen).

4) Ein Interesse, sich auf die Rechtskraft zu berufen, hat zumeist die beklagte Partei. Nicht ausgeschlossen ist aber auch eine Berufung seitens des Klägers. Guldener, ZPR 286 Anm. 92.

5) Ob ein zweiter Prozess unzulässig oder nur eine abweichende Sachentscheidung ausgeschlossen ist, hängt von der entsprechenden

bezüglich der Beurteilung dieser Vorfrage an das Ersturteil (= positive Rechtskraftwirkung, Präjudizialitätswirkung).

Die Frage, ob und wann - innerhalb der hier nicht zu behandelnden subjektiven und zeitlichen Grenzen - eine Ausschluss- bzw. Bindungswirkung zu bejahen ist, entscheidet sich demnach anhand der Identität des rechtskraftfähigen Urteilsinhalts: Ausgeschlossen ist eine zweite Klage nur, wenn die gleiche, von der Rechtskraft erfasste Sache (oder das mit ihr unvereinbare Gegenteil) erneut zur Beurteilung gestellt wird; gebunden ist der Zweitrichter - im Falle einer Präjudizialität - lediglich bei Identität zwischen beschiedener Sache und Vorfrage.

Da die Bedeutung des Streitgegenstands für die Bestimmung dieser (objektiven) Identität nicht unumstritten ist, soll vorab dieser Problemkreis erörtert werden.

II. Bedeutung des Streitgegenstands für die Festlegung der objektiven Rechtskraftgrenzen

A. Der rechtskraftfähige Entscheidungsinhalt

1. Die Bedeutung des Streitgegenstands für die Bestimmung der Rechtskraftgrenzen hängt einmal von der Entscheidung darüber ab, welcher Inhalt eines Urteils in Rechtskraft erwächst. Denn nur wenn sich

Ausgestaltung der Prozessgesetze ab. Vgl. Guldener, ZPR 221, insbes. Anm. 8, 364 Anm. 22 a; vgl. auch BGE 105 II 159/160.

sagen liesse, in (materielle) Rechtskraft erwachse (nur) die Entscheidung über den Streitgegenstand, deckten sich die Rechtskraftgrenzen mit jenen des Streitgegenstands. Zur Illustration diene folgender Beispielsfall: A verlangt die Verurteilung des B zur Bezahlung von Fr. 2000.- als Erfüllung eines Kaufvertrags. Die Klage wird abgewiesen, weil kein gültiger Vertrag zustande gekommen ist. Später klagt B seinerseits auf Erfüllung des Kaufvertrags. Kann das Gericht nun in diesem Verfahren von der Gültigkeit des Vertrags ausgehen und A zur Herausgabe des Kaufgegenstands verpflichten, mit der Folge, dass wohl A, nicht aber B seine Vertragsleistung zu erbringen hat ? Beschränkt man die Rechtskraft auf den Streitgegenstand, ist diese Frage - unabhängig von der jeweiligen Ansicht über die Abgrenzung des Streitgegenstands - zu bejahen (6). Vermeiden lässt sich dieses gewiss missliche Ergebnis nur, wenn man die Rechtskraft über den Streitgegenstand hinaus erstreckt und auch die Frage nach der Gültigkeit des Kaufvertrags, obwohl nicht zum eigentlichen Gegenstand des Erstprozesses gehörend, als rechtskräftig beschieden betrachtet. Alsdann bestimmt aber nicht mehr der Streitgegenstand den Umfang der Rechtskraft. Wie ist nun zu entscheiden ?

2. Die Prozessordnungen enthalten im allgemeinen keine Bestimmungen darüber, was als von der Rechtskraft erfasster Urteilsinhalt anzusehen ist (7). Dies erklärt sich wohl einerseits dadurch, dass mehrheitlich davon ausgegangen wird, die objektiven (und subjektiven) Rechtskraftgrenzen würden durch das Bundesrecht be-

6) Zu einer Bejahung gelangen: Brox, JuS 1962, 123/124; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 IX 3 (S. 1340); Zöllner/Degenhart, § 322 Vorbem. 6 d cc (S. 503); vgl. auch Blomeyer, FS Lent 55, der dem Kläger des Erstprozesses (A) allerdings eine "exceptio doli" gewährt (a.a.O., Anm. 57).

7) Vgl. Guldener, ZPR 361 Anm. 6.

stimmt (8), andererseits dadurch, dass seit langem eine Abhängigkeit des Umfangs der Rechtskraft vom Gegenstand der Entscheidung anerkannt ist (9).

Soweit in den Prozessgesetzen auf den Rechtskraftumfang eingegangen wird, beschränken sich die Ausführungen zumeist auf knappste Angaben. Während etwa Freiburg (10) festhält: "Das rechtskräftige Urteil schafft im Rahmen des Klagebegehrens Recht...", führen Zürich (11) und Schwyz (12) aus: "Die Anordnungen und Feststellungen im Dispositiv eines Urteils binden die Gerichte in einem spätern Prozess ... in die beurteilten Rechte oder Pflichten." Konkreter umschreibt St. Gallen (13) den rechtskräftigen Entscheidungsinhalt: "Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist." Am ausführlichsten regeln die Westschweizerkantone - im Anschluss an Art. 1351 des französischen Code civil - den Bindungsumfang: "L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement: il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, ... " (14).

3. In der Lehre besteht Einigkeit darüber, dass grundsätzlich nur der (unmittelbar) beurteilte Anspruch von der Rechtskraft erfasst wird (15). Dieser Gedanke wird auch so ausgedrückt, dass gesagt wird, in Rechts-

8) Vgl. vorn § 4 II; vgl. auch Sträuli/Messmer, N 3 zu § 191: "Eine Definition der materiellen Rechtskraft im kantonalen Recht hätte sich eigentlich erübrigt, weil sie nach nun herrschender Auffassung direkt aus Bundesprivatrecht folgt, ..."

9) So ausdrücklich Balmer 420/421, hinsichtlich des sog. "Rahmengesetzes" (Entwurf Schwartz).

10) Art. 276 Abs. 1 ZPO.

11) § 191 Abs. 1 ZPO.

12) § 164 Abs. 1 ZPO.

13) Art. 191 Abs. 1 ZPO; ebenso auch § 322 Abs. 1 DZPO.

14) Waadt 475 Abs. 2 ZPO; gleich Neuenburg 211 ZPO; Genf 301 ZPO.

15) Vgl. statt aller Balmer 420f.; Guldener, ZPR 367; Henckel, Parteilehre 293.

kraft erwachse nur der Subsumtionsschluss als Ganzer, nicht aber seine einzelnen Glieder (16), oder rechtskräftig werde nur das Dispositiv (17). Entsprechend betont auch das Bundesgericht, ob die Einrede der Rechtskraft zu schützen sei, hänge davon ab, "ob es sowohl heute als auch im früheren Prozess zwischen den gleichen Parteien um den in bezug auf Inhalt und geltend gemachte Tatsachen gleichen Anspruch geht" (18) (19).

Nicht in Rechtskraft erwachsen demnach die Gründe der Entscheidung (Tatsachenfeststellungen, bedingende Rechtsverhältnisse etc.); ebensowenig die Einreden und Verteidigungsrechte des Beklagten (20) (21).

Zur Vermeidung unakzeptabler Ergebnisse sieht man sich in bestimmten Fällen jedoch gezwungen, die Rechtskraft über den unmittelbar beschiedenen Anspruch auszudehnen und eine Bindungswirkung auch hinsichtlich der Entscheidungsgründe anzuerkennen.

Tiefgreifende Unterschiede bestehen in der Frage, wann eine solche Erstreckung der Rechtskraft auf die Urteilsgründe zu befürworten ist (22). Während Guldener (23) und ähnlich Walder (24) ausführen: "Der Grundsatz, dass die Entscheidungsgründe an der Rechtskraft keinen Anteil haben, ist im Rahmen des Vernünftigen zur Anwendung zu bringen.", mithin also

16) Schwab, StG 148.

17) Walder, Handbuch 263; Guldener, ZPR 365/366; vgl. auch Zürich 191 Abs. 1 ZPO; Schwyz 164 Abs. 1 ZPO. - Zur Identität dieser Aussagen Zeuner 6ff.

18) BGE 105 II 152; vgl. auch die in § 3 Anm. 76 genannten Entscheide.

19) Da es im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung ist, wie man diese "Anspruchsidentität" im einzelnen festlegt, braucht an dieser Stelle auch nicht auf die Unterscheidung zwischen Streit- und Urteilsgegenstand eingegangen zu werden. Vgl. dazu hinten § 15 II B.

20) Kummer, Klagerecht 113ff.; Guldener, ZPR 365ff.; Walder, Handbuch 263; Hägi 258f. (mit weiteren, was die ältere Lehre betrifft, auch abweichenden Literaturmeinungen).

21) Zum Sonderfall der Verrechnungseinrede Guldener, ZPR 368ff.; Kummer, Klagerecht 116ff.; Rimmelspacher, mat. Anspruch 218ff., 267ff.

22) Vgl. hinsichtlich der Grenzen einer solchen Bindungswirkung das instruktive Beispiel bei Guldener, ZPR 367 Anm. 30.

23) ZPR 370.

24) Handbuch 266.

die Abgrenzung kasuistisch vornehmen (25), stellt Zeuner (26) auf "rechtliche Sinnzusammenhänge" ab. Danach sollen die Entscheidungsgründe insofern unangreifbar sein, als sie als Mittel dienen, "um eine bestimmte vom objektiven Recht her gegebene (positive oder negative) Sinnbeziehung zwischen dem rechtskräftig Festgestellten und der im neuen Prozess in Frage stehenden Rechtsfolge zu wahren" (27). Diesen Sinnzusammenhang sieht Zeuner in einem "teleologischen Richtungselement" zwischen der Rechtsfolge des Erst- und der des Zweitprozesses (28). Ausgeschlossen ist die Beurteilung einer (gleichen oder ungleichen) Rechtsfolge in einem zweiten Prozess, wenn sie zur "intendierten Ordnung" der beschiedenen Rechtsfolge gehört (29). Dadurch gelangt Zeuner mit seiner These, die wegen ihrer Unbestimmtheit (letztlich steht die gesamte Rechtsordnung in einer "Sinnbeziehung") und ihrer Diskrepanz zur gesetzlichen Regelung (§ 322 Abs. 1 DZPO) nicht unangefochten blieb (30), im Vergleich mit der herrschenden Lehre zu einer umfassenderen Anerkennung der Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungsgründe.

4. Dieser Ueberblick genügt, um die hier interessierende Frage nach der Bedeutung des Streit- bzw. Entscheidungsgegenstands für die Bestimmung der objektiven Rechtskraftgrenzen zu beantworten. Anerkennt man, dass in bestimmten Fällen (31) - wie es etwa im genannten Beispielsfall gerechtfertigt er-

25) Dahingehend auch Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 IX 3 (S. 1340f.).

26) Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge (1959). - Zeuners Auffassung hat in der Lehre zumindest teilweise Anerkennung gefunden. Vgl. Blomeyer, ZPR § 89 V 4 (S. 460ff.); Bruns, ZPR Rn. 234 (S. 369f.), Rn. 237 (S. 374f.); Rosenberg/Schwab, § 155 III (S. 876f.).

27) a.a.O. 44.

28) a.a.O. 53/54.

29) a.a.O. 52ff., 172ff.

30) Vgl. Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 IX 3 (S. 1340); Brox, JuS 1962, 123/124; Zöller/Degenhart, § 322 Vorbem. 6 d cc (S. 503); Rimmelspacher, mat. Anspruch 183ff.; Hägi 230f.

31) Auf die Bestimmung dieser Fälle im einzelnen kommt es insoweit nicht an.

scheint (32) - die Rechtskraft weiter reicht als der (unmittelbar) beurteilte Anspruch, so folgt daraus, dass der Rechtskraftumfang nicht in allen Fällen durch diesen allein festgelegt wird; vielmehr kommt es hiefür u.U. auch auf die Gründe der Entscheidung, d.h. den übrigen Entscheidungsinhalt, an (33).

Für den Regelfall ist indes in Uebereinstimmung mit dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen, der einhelligen Lehre und der Rechtsprechung des Bundesgerichts (34) daran festzuhalten, dass die Einrede der Rechtskraft nur bei Vorliegen identischer Ansprüche eingreift.

B. Zur Frage der Identität von Streit- und Entscheidungsgegenstand

Grundsätzlich entscheidet sich der Rechtskraftumfang, wie gesagt, anhand der Identität der Ansprüche. Alsdann hängt die Bedeutung des Streitgegenstands für die Bindungswirkung davon ab, dass unter dem (rechtskräftig beurteilten) "Anspruch" (= Entscheidungs-, Urteilsgegenstand) der prozessuale Anspruch (= Streitgegenstand) zu verstehen ist. Denn nur wenn sich Streit- und Urteilsgegenstand decken, kann zur Bestimmung der Anspruchsidentität auf den Streitgegenstand zurückgegriffen werden.

32) Eine Erstreckung der Rechtskraft bejahen diesfalls Guldener, ZPR 370; Walder, Handbuch 266 (Beispiel 78); Zeuner 75ff.; Henckel, Prozessrecht 198ff. 202; Blomeyer, ZPR § 89 V 4 a (S. 460f.); Rosenberg/Schwab, § 155 III 2 (S. 877); anders die unter Anm. 6 genannten Autoren.

33) So zutreffend Zeuner 176; Henckel, Parteilehre 293.

34) Siehe vorn § 15 II A 2, 3.

1. Grundsatz

In Rechtskraft erwächst die Entscheidung des Gerichts, die über den Streitgegenstand als ihr Objekt ergeht (35): "Worüber im Prozess zwischen den Parteien gestritten wird, darüber muss auch das Gericht entscheiden." (36). Alsdann wird der Streitgegenstand durch die Entscheidung des Gerichts zum Urteils- bzw. Entscheidungsgegenstand (37).

Mit der ganz herrschenden Lehre (38) und in Uebereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (39) ist daher grundsätzlich von der Identität zwischen Streit- und Urteilsgegenstand auszugehen. Bestätigt wird diese Ansicht auch durch die Zivilprozessordnung von St. Gallen, wonach sich die Rechtskraft auf den "erhobenen Anspruch" bezieht (40). Dass darunter etwas anderes als der prozessuale Anspruch, der Streitgegenstand, zu verstehen ist, erscheint ausgeschlossen (41).

Einen abweichenden Standpunkt nimmt Guldener (42) ein. Während er den Streitgegenstand nach Rechtsbegehren und - soweit notwendig - Lebensvorgang bestimmt, stellt er für die Rechtskraft darauf ab, welche materiellen Ansprüche vom Gericht beurteilt worden sind (43). Die Begründung für diese Divergenz sieht Guldener darin, dass sich der Kläger auf keinen

35) Schwab, StG 139; Henckel, Parteilehre 293; vgl. auch Rimmelpacher, mat. Anspruch 177.

36) Rosenberg/Schwab, § 154 I 1 (S. 869).

37) Habscheid, SJZ 74, 219.

38) Vgl. die Aufzählung dieser Vertreter vorn § 3 Anm. 111.

39) Das Bundesgericht sagt dies zwar nicht ausdrücklich (vgl. aber BGE 80 I 262), doch ergibt sich dies indirekt dadurch, dass das Bundesgericht Streit- und Urteilsgegenstand nach den gleichen Kriterien bestimmt. Vgl. vorn § 3 III.

40) Art. 191 Abs. 1 ZPO.

41) Für die gleichlautende Bestimmung der deutschen Zivilprozessordnung (§ 322 Abs. 1 ZPO) ebenso Nikisch, StG 150; Habscheid, StG 284.

42) ZPR 203.

43) Siehe dazu vorn § 3 II B 2.

bestimmten materiellen Anspruch festzulegen brauche, während das Gericht den Tatbestand rechtlich zu würdigen und deshalb anzugeben habe, welches die materiellen Ansprüche seien, über die es entscheide. Diese Argumentation vermag aber kaum zu überzeugen. Treffend führt hiezu Walder aus: "Gerade weil aber das Gericht den Tatbestand unter allen in Betracht fallenden rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen hat,..., kann es nicht Sache eines neuen Prozesses sein, dies nachzuholen, wenn es vom Gericht versäumt worden ist. Sind Kläger und Gericht nicht in der Lage, nötigenfalls in einem Rechtsmittelzug die in Betracht kommenden rechtlichen Begründungen, unter denen die Klage geschützt werden könnte, herauszufinden, so darf man dies nicht den Beklagten entgelten lassen, indem er sich (unter neuem rechtlichem Gesichtspunkt) auf eine zweite Klage über den identischen Anspruch einlassen muss." (44).

Enger als den Streitgegenstand fasst auch der Kommentar von Stein/Jonas den Urteilsgegenstand (45). Gerechtfertigt wird dies hauptsächlich mit der unterschiedlichen Interessenlage (46).

Für die hier vertretene Fassung des Streitgegenstands ist die Stichhaltigkeit dieser Begründung insofern relativiert, als sich die von diesem Kommentar befürwortete Abgrenzung des Urteilsgegenstands mit den Kriterien deckt, nach denen hier der Streitgegenstand bestimmt wird (47).

Dass aber die Interessenlage bei der Rechtskraft
- zumindest im schweizerischen Rechtsbereich (48) -

44) Handbuch 273/274.

45) Vgl. Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 VI 5 (S. 1323f.); Stein/Jonas/Pohle, Einl. E III 1a (S. 23), Einl. E IV 2b (S. 29f.).

46) Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 VI 5b (S. 1324).

47) Siehe Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 VI 5b (S. 1324), § 322 X 1 (S. 1342f.).

48) Im deutschen Recht ist die Ausgangslage anders. Nicht nur ist das Zivilprozessverfahren weitgehendst durch den Anwaltszwang beherrscht (vgl. § 78 DZPO), sondern es kennt auch die Eventual-

nicht grundsätzlich anders ist, zeigt ein Vergleich mit der Rechtshängigkeit. Beide Rechtsinstitute dienen dem gleichen Ziel, der Verhinderung einander widersprechender Urteile in der gleichen Sache (49). Während die Rechtskraft diese Aufgabe nach definitiver Erledigung des Rechtsstreits wahrnimmt, obliegt sie vor diesem Zeitpunkt der Einrede der Rechtshängigkeit (50). Vom Zweck her kann demnach eine unterschiedliche Interessenlage nicht begründet sein. Diese könnte sich höchstens daraus ergeben, dass die Rechtshängigkeit die Rechtsverfolgung nur für eine bestimmte Zeitspanne (während der Dauer eines andern Prozesses), die Rechtskraft sie dagegen gänzlich ausschliesst. Alsdann liesse sich argumentieren, auch wenn der Streitgegenstand bei der Rechtshängigkeit so gefasst werde, dass darunter auch materielle Ansprüche fielen, über die wegen des Fehlens entsprechender Angaben weder verhandelt noch entschieden werden könne, seien die Folgen für den Kläger jedenfalls dann nicht so gravierend, wenn er wenigstens nach Abschluss eines andern Verfahrens diese (materiellen) Ansprüche geltend machen könne. Indes ist das Interesse des Klägers an einer jederzeitigen Rechtsverfolgung nicht minder zu schützen als dasjenige an einer Rechtsdurchsetzung überhaupt(51).

Ein Anlass, die Identität von Streit- und Urteilsgegenstand grundsätzlich zu verneinen, besteht daher nicht.

maxime nicht und lässt auch die Klageänderung in weitestem Umfang zu (vgl. dazu vorn § 4 IV C 2 b). Alsdann bewirkt die Rechtshängigkeit nicht, dass ein materieller Anspruch während einer befristeten Zeitspanne nicht geltend gemacht werden kann. Gehindert ist der Kläger dann nur, dies in einem andern Verfahren zu tun. Dann mag es zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten auch angebracht sein, den Streitgegenstand bei der Rechtshängigkeit sehr weit zu fassen.

49) Zur Zweckgleichheit Schauwecker 20; Helg 64; Rosenberg/Schwab, § 152 IV 1 a (S. 864); differenzierend Rimmelspacher, mat. Anspruch 311ff

50) Vgl. den mit der Rechtskraft nicht zu fassenden Fall bei Guldener, ZPR 239 Anm. 52; Rimmelspacher, mat. Anspruch 317.

51) Vgl. dazu vorn § 4 IV C 2 a,b.

2. Ausnahmen

a) Rechtskrafterstreckung bei Zusprechung von Nichtbeantragtem

Es fragt sich, ob von der Identität zwischen Streit- und Urteilsgegenstand dann abzuweichen ist, wenn das Gericht - unter Verstoss gegen das Dispositionsprinzip (52) - irrtümlicherweise über mehr oder etwas anderes entscheidet als vom Kläger beantragt.

In Deutschland wird zumeist die Ansicht vertreten, das unter Verstoss gegen die Antragsbindung (§ 308 Abs. 1 DZPO) ergangene Urteil wirke auch insofern Rechtskraft als darin über mehr oder anderes als beantragt entschieden sei (53). Begründet wird dies damit, dass die Frage, welcher (prozessuale) Anspruch erhoben worden sei, zum Inhalt der Entscheidung gehöre und daher nach rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens nicht mehr aufgeworfen werden könne. Ein solcher Verfahrensverstoss sei nur auf dem Rechtsmittelweg - gegebenenfalls mittels Begehren nach Berichtigung im Sinne von § 319 Abs. 1 DZPO (54) - korrigierbar (55).

Dieser Auffassung dürfte auch für den schweizer-

52) Vgl. dazu vorn § 4 V B 2.

53) Blomeyer, FS Lent 47ff.; ders., ZPR § 81 III 2 a (S. 408), § 89 I 1 (S. 448), § 89 III 1 (S. 452); Arens, StG 22 Anm. 12; Henckel, Parteilehre 293; Zöllner/Degenhart, § 322 Vorbem. 6 c (S. 501); Thomas/Putzo, § 322 6 a (S. 595); Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 VIII 4 (S. 1335), beschränkt auf die versehentliche Abweichung; BGH 34, 339/340; differenzierend Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil 156ff. (Rechtskraft nur, wenn sich das Urteil innerhalb des "allgemeinen Prozessziels" hält).

54) § 319 Abs. 1 DZPO lautet: "Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, die in dem Urteil vorkommen, sind jederzeit von dem Gericht auch von Amts wegen zu berichtigen."

55) Blomeyer, ZPR § 89 I 1 (S. 448); Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 VIII 4 (S. 1335).

ischen Rechtsbereich zuzustimmen sein (56). Dafür spricht, abgesehen von der in der deutschen Lehre gegebenen Begründung, die Rechtssicherheit für eine allenfalls notwendig werdende Zwangsvollstreckung und die Behandlung eines derartigen Verfahrensverstosses in den Prozessgesetzen. So wird zur Berichtigung eines solchen Fehlers die Nichtigkeitsbeschwerde oder die Revision zur Verfügung gestellt (57). Ginge man daher von der grundsätzlichen Unverbindlichkeit des Urteils aus, soweit darin über mehr oder anderes als beantragt entschieden ist, wären diese Regelungen ihres praktischen Anwendungsbereichs weitgehendst beraubt.

Hinsichtlich dieser "pathologischen" (58) Fälle ist daher Blomeyer (59) und Brox (60) zuzugeben, dass es nicht darauf ankommt, welchen Anspruch der Kläger erhoben hat, sondern darauf, welchen Anspruch das Gericht als erhoben ansah (61).

- b) Rechtskraftbeschränkung bei Nichtbeurteilen eines Anspruchs und bei Unterschreiten der Parteianträge

Eine Divergenz zwischen Streit- und Urteilsgegenstand ist auch anzuerkennen, wenn das Gericht nur

-
- 56) So auch Leuch, Komm. ZPO N 11 b zu Art. 192 (S. 211); Hägi 241f.; Meier 69ff., unter der Einschränkung, dass das etwas anderes zureichende Urteil keine Persönlichkeitsrechte der Parteien tangiere; vgl. auch Guldener, ZPR 494 Anm. 68, dessen Bemerkung, der Streitwert für die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels richte sich, wenn das Gericht über mehr als beantragt geurteilt habe, nicht nach dem Wert des Geforderten, sondern nach dem Wert der beurteilten Ansprüche, wohl ebenfalls diese Vorstellung zugrunde liegt
- 57) Teils wird dies ausdrücklich gesagt (z.B. Bund 136 lit. b OG), teils ergibt sich dies durch Auslegung (z.B. Zürich 281 Ziff. 1 ZPO: "Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes"; Sträuli/Messmer, N 15 und N 37 zu § 281). Vgl. dazu auch Guldener, ZPR 524.
- 58) Henckel, Parteilehre 293.
- 59) ZPR § 89 III 1 (S. 452); FS Lent 50.
- 60) JuS 1962, 124.
- 61) In diesem Sinne auch Lutz, Komm. ZPO N 1 a zu Art. 191 (S. 132).

über einen Teil eines Anspruch entscheidet (z.B. bloss über Fr. 3000.- statt der beantragten Fr. 5000.-) oder einen (prozessualen) Anspruch gänzlich unbeurteilt lässt. Praktische Bedeutung dürfte letztes vor allem für jene Fälle einer eventuellen oder alternativen Anspruchshäufung erlangen, die keine Antragsmehrheit bedingen (62). So ist etwa denkbar, dass ein Gericht nur ein von mehreren in den Prozess eingeführten Schenkungsversprechen über dieselbe Schenkung prüft, oder dass es eine "Kaufpreisklage" nur hinsichtlich vertraglicher Anspruchsgrundlagen beurteilt, eine Entscheidung darüber aber unterlässt, ob die vom Kläger geforderte Summe unter bereicherungsrechtlichem Gesichtspunkt geschuldet ist, obwohl der Kläger aus diesbezüglich alle Angaben tatsächlicher Art (Verbrauch der Kaufsache, Umfang der Bereicherung etc.) vorgetragen hat (63). Bleibt dabei ein Teil eines Anspruchs unbeurteilt, oder wird ein (prozessualer) Anspruch gänzlich übergangen, so tritt die Rechtskraft nur für den beurteilten (Teil-)Anspruch ein (64) (65).

62) Vgl. die Beispiele vorn § 13 II B.

63) So verhielt es sich bei dem BGE 90 II 34 (= Pr. 53 Nr. 71 (S. 194)) zugrunde liegenden Fall gerade nicht. Dort hatte die Klägerin in der kantonalen Instanz vertraglichen (bzw. gestützt auf Art. 31 Abs. 3 OR) Schadenersatz geltend gemacht, wurde damit aber abgewiesen. Im bundesgerichtlichen Berufungsverfahren forderte sie dann - nebst der Feststellung der Ungültigkeit des Vertrags - den gleichen Betrag auf bereicherungsrechtlicher Grundlage. Zu Unrecht wies das Bundesgericht die Klage zur Aktenergänzung an die Vorinstanz zurück, da für eine "Aktenergänzung" deshalb kein Raum blieb, weil hinsichtlich dieses Anspruchs in der Vorinstanz gar keine Sachverhaltsangaben vorgebracht worden waren (vgl. Pr. 53 Nr. 71 (S. 198)), so dass dieser Anspruch gar nicht als erhoben angesehen werden konnte. - Im bundesgerichtlichen Berufungsverfahren konnte dies aber nicht mehr nachgeholt werden (vgl. Art. 55 Abs. 1 lit. b und c OG).

64) Dem Grundsatz nach entspricht dies der einhelligen Ansicht. Leuch, Komm. ZPO N 11 b zu Art. 192 (S. 211); Guldener, ZPR 368 Anm. 34, letzter Absatz, 524 Anm. 43 b; Blomeyer, ZPR 89 I 2 (S. 448); Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 322 VIII 3 (S. 1335); Thomas/Putzo, § 322 6 a (S. 595); Brox, JuS 1962, 124 (ausdrücklich nur für den letzten Fall).

65) Wird in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren auch über den nicht beurteilten Anspruch entschieden, tritt selbstverständlich

Anders verhält es sich, wenn ein Streitgegenstand mehrere materielle Anspruchsrechte umfasst und eine Subsumtionsmöglichkeit übersehen wird. Prüft das Gericht die Schadenersatzklage des Klägers, die er damit begründet, der Beklagte habe die ihm mietweise überlassene Stereo-Anlage mutwillig beschädigt, z.B. nur unter dem Aspekt der vertraglichen Haftung und weist es die Klage ab, ohne dazu Stellung zu nehmen, ob die Klage aufgrund (konkurrierender) ausservertraglicher Ansprüche (Art. 41ff. OR) geschützt werden könnte, so scheitert eine zweite - auf den nicht geprüften rechtlichen Gesichtspunkt gestützte - Klage an der materiellen Rechtskraft (66). Die unterschiedliche Behandlung gegenüber den obgenannten Fallgestaltungen rechtfertigt sich dadurch, dass hier bloss ein rechtlicher Gesichtspunkt übersehen, über den Streitgegenstand als solchen aber - möglicherweise zwar falsch - entschieden wurde, wogegen dies dort nicht der Fall gewesen ist (67).

Bei dieser Rechtslage kann es daher zu keiner Diskrepanz zwischen Streit- und Urteilsgegenstand kommen.

-
- auch darüber die materielle Rechtskraft ein. - Eine andere, von den kantonalen Prozessgesetzen zu beantwortende Frage ist, inwieweit die Parteien diesbezüglich in der Rechtsmittelinstanz Nova vorbringen können. Bei Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Verfahrens wird man bei fehlender ausdrücklicher Regelung eine entsprechende Sachverhaltsergänzung zumindest im Rahmen der richterlichen Fragepflicht bejahen müssen. In diesem Sinne Meier 66 Anm. 248; weitergehend Zürich: bei Rückweisung durch die kantonale Berufungsinstanz § 270 ZPO (vgl. Sträuli/Messmer, N 5 zu § 270); bei Rückweisung durch das Bundesgericht (Art. 64ff. OG) § 267 Abs. 2 in Verbindung mit § 115 ZPO (vgl. Sträuli/Messmer, N 5 zu § 115). Anders (wohl) Schwander 112f. (Ziff. 17), der aber zu Unrecht davon ausgeht, diese Problematik ergebe sich bei einer materiellrechtlich ausgerichteten Streitgegenstandsauffassung nicht. Das Gegenteil beweisen schon die genannten Beispiele, bei denen ja zumindest teilweise auch andere materielle Ansprüche im Streit liegen.
- 66) Ebenso Habscheid, droit judiciaire 243; Habermühl 380 (gestützt auf rechtskraftfremde Präklusion); anders Guldener, ZPR 203.
- 67) Zumeist wird dies so ausgedrückt, dass gesagt wird, die Rechtskraft schliesse eine zweite Klage aus, wenn bloss der rechtliche Ge-

C. Zusammenfassung und Ergebnis

In der Regel bestimmt der Streitgegenstand den Umfang der objektiven Rechtskraftgrenzen. Ausgeschlossen ist eine zweite Klage nur, wenn der gleiche Streitgegenstand (oder das mitbeschiedene genaue Gegenteil) erneut eingeklagt wird; gebunden ist der Zweitrichter - im Falle einer Präjudizialität - lediglich, wenn Identität zwischen (beurteiltem) Streitgegenstand und der zu behandelnden Vorfrage besteht.

Ausnahmen ergeben sich nach folgenden Richtungen:

- Für die Bestimmung des Rechtskraftumfangs ist nebst dem Streitgegenstand auch auf die Gründe der Entscheidung abzustellen, soweit ausnahmsweise auch sie von der Rechtskraft erfasst werden.
- Die Rechtskraft reicht über den Streitgegenstand hinaus, wenn irrtümlicherweise über mehr oder anderes als beantragt entschieden wurde.
- Eine Rechtskraftbeschränkung ist anzuerkennen, wenn ein Streitgegenstand unbeurteilt geblieben ist oder nur über einen Teil eines Anspruchs geurteilt wurde.

sichtspunkt geändert werde (vgl. Kummer, Klagerecht 103ff.; Meier 72f.). Diese Ausdrucksweise ist aber missverständlich. Denn auch bei den im vorherigen Abschnitt aufgeführten Beispielen handelt es sich genau besehen um ein Uebergehen einer Subsumtionsmöglichkeit, so dass bei einer zweiten Klage an sich auch nur ein neuer rechtlicher Gesichtspunkt zur Beurteilung steht. Der Unterschied liegt aber, wie ausgeführt, darin, dass bei den letztgenannten Fällen der gleiche Streitgegenstand erneut geltend gemacht würde, während es sich bei den erstgenannten um einen ändern, noch nicht beurteilten Verfahrensgegenstand handelt.

III. Die objektiven Rechtskraftgrenzen aufgrund der hier vertretenen Streitgegenstandsauffassung

Die Feststellung, dass grundsätzlich der Streitgegenstand den Umfang der objektiven Rechtskraftgrenzen festlegt, bedeutet - auf die hier vertretene Ansicht bezogen - konkret: Eine Ausschluss- bzw. Bindungswirkung ist nur zu bejahen, wenn sich beide Klagen hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen, ihrer Klagegründe und ihrer Rechtsschutzformen decken. Denn nur diesfalls ist die Identität der Streitgegenstände (bzw. die Gleichheit von Streitgegenstand und Vorfrage) gegeben.

Auf die Ausgestaltung der einzelnen Bestimmungselemente wurde im Rahmen dieser Arbeit schon so oft hingewiesen, dass sich ein nochmaliges Darlegen an dieser Stelle erübrigt.

Die Tauglichkeit des hier erarbeiteten Streitgegenstandsbegriffs für die Rechtskraft soll indes anhand einiger besonders umstrittener Fälle nachgeprüft werden.

1. **L e i s t u n g s k l a g e** : Angenommen, ein Arbeitnehmer schädigt seinen Arbeitgeber dadurch, dass er auf eigene Rechnung, aber im Namen des Arbeitgebers unerlaubte Börsengeschäfte tätigt (68). Nach der hier befürworteten Streitgegenstandsabgrenzung ist in diesem Fall eine zweite Schadenersatzklage, die sich auf (konkurrierende) ausservertragliche Ansprüche stützt, ausgeschlossen, wenn eine erste Schadenersatzklage abge-

68) Vgl. den Sachverhalt in BGE 91 II 63.

wiesen worden ist; dies gilt auch dann, wenn die erste Klage nur unter dem Gesichtspunkt vertraglicher Haftungsgrundlagen (Art. 321a, 321e OR) geprüft worden ist (69). Ein Grossteil der schweizerischen Autoren und das Bundesgericht stehen demgegenüber auf dem Standpunkt, bei getrennter gerichtlicher Geltendmachung konkurrierender Ansprüche stehe die Rechtskraft einer zweiten Klage nicht entgegen, die auf dem noch nicht beurteilten Anspruch basiere (70). Auf den ersten Blick erscheinen sich daraus erhebliche Unterschiede hinsichtlich des Umfangs der Rechtskraft zu ergeben. Vergewenwärtigt man sich aber, dass eine getrennte Geltendmachung, die ohnehin selten angestrebt sein dürfte (71), praktisch nur dadurch erfolgen könnte, dass der Kläger erklärt, er wolle die Klage nur unter ganz bestimmten rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt haben, ein solches Weisungsrecht des Klägers aber allgemein abgelehnt wird (72), so beschränken sich die Differenzen auf jene Fälle, bei denen das Gericht eine Subsumtionsmöglichkeit übersehen hat. Dass es aber nicht angehen kann, die Rechtskraft bloss durch Hervorheben einer andern Rechtsnorm zu umgehen, anerkennen selbst Vertreter, die von der grundsätzlichen Eigenständigkeit konkurrierender Ansprüche ausgehen (73). Alsdann besteht aber kein Grund, die konkurrierenden Ansprüche prozessual als selbständige Streitgegenstände zu betrachten (74).

69) Zur diesbezüglichen Identität vorn § 7 III B 2 b dd.

70) Kummer, Klagerecht 94f., 106ff., 110ff.; Leuch, Komm. ZPO N 11d zu Art. 192 (S. 213); ders., ZBJV 59, 571; Guldener, ZPR 203; Schwander 218 (Ziff. 25); BGE 98 II 158 (ausdrücklich nur für die Rechtshängigkeit. Die Hinweise auf Kummer und Leuch, die sich beide an der angegebenen Stelle zur Frage der Rechtskraft äussern, lässt aber erkennen, dass diese Auffassung allgemeiner zu verstehen ist).

71) In der veröffentlichten bundesgerichtlichen Praxis wurde denn dieser Fall - soweit ersichtlich - auch noch nie aktuell.

72) Vgl. dazu eingehend vorn § 10 II.

73) Kummer, Klagerecht 107 Anm. 1; Leuch, Komm. ZPO N 11d zu Art. 192 (S. 213).

74) In der deutschen Lehre hat sich diese Auffassung heute weitgehendst durchgesetzt. Anders wohl nur noch Blomeyer, ZPR § 89 III 4 (S. 453ff.) und (teilweise) Schönke/Kuchinke, § 39 III (S. 176f.).

Befriedigend lösen lässt sich auch der von Guldener (75) angeführte Fall: Unterliegt der Kläger mit der Wandelungsklage (Art. 205 OR), weil keine Gewährleistungspflicht des Käufers besteht, so ist eine auf Preisminderung gerichtete Klage wegen des gleichen Mangels ausgeschlossen (76). Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, sieht man sich aufgrund der hier vertretenen Auffassung im Gegensatz zu Guldener nicht gezwungen, die Rechtskraft auch auf die Entscheidungsgründe zu erstrecken. Denn der Antrag auf Wandelung enthält mittelbar auch das Begehren auf Minderung (77), so dass zufolge der Gleichheit auch des Klagegrunds die Identität des Streitgegenstands zu bejahen ist und eine zweite Klage aus diesem Grunde an der materiellen Rechtskraft scheitert.

Auch hinsichtlich des von Walder (78) gebildeten Beispiels ist eine eindeutige Antwort möglich. Verlangt der Kläger, der dem Beklagten ein Bild ausgeliehen, später aber irrtümlicherweise "zurückgekauft" hat, vom Beklagten das Bild heraus, weil er (der Kläger) Eigentümer sei, wird diese Klage aber aus irgendeinem Grund abgewiesen, so ist eine zweite Klage, die mit dem Kaufvertrag begründet wird und auf das gleiche Ziel gerichtet ist, der unterschiedlichen Klagegründe (und damit auch der Streitgegenstände) wegen nicht ausgeschlossen (79). Dass es sich hier um verschiedene Klagegründe handelt, ergibt sich daraus, dass die Anspruchstatbestände auf einen gänzlich andern Sachverhaltsausschnitt Bezug nehmen (80).

75) ZPR 371.

76) Vgl. auch (differenzierend) Kummer, Klagerecht 68 Anm. 1; Guldener, ZPR 371 Anm. 41.

77) Siehe § 4 IV B 1, § 6 II B 1 a.

78) Handbuch 274 (Beispiel 90).

79) Ebenso Walder in der ersten Auflage seines Handbuchs (1977), S. 268; in der zweiten Auflage (1979) ist die Frage offengelassen (S. 274).

80) Anders verhält es sich bei einer (materiellrechtlichen) Konkurrenz zwischen dinglichen und obligatorischen Herausgabeansprüchen (vgl. § 7 III B 2 b dd), da diesfalls die Nicht-Rückgabe beide Anspruchstatbestände aktualisiert und erfüllt.

Mit einer zweiten Klage ist auch der Kläger nicht ausgeschlossen, dessen "Kaufpreisklage" abgewiesen wurde, weil der Kaufvertrag sich als ungültig erwies, und der nun die Herausgabe der (ungerechtfertigten) Bereicherung begehrt (81). Die gegenteilige Ansicht, die namentlich von Habscheid vertreten wird (82), vermag kaum zu befriedigen. Nicht nur sieht sich Habscheid gezwungen, zwei Streitgegenstände anzuerkennen, wenn der Verbrauch der Kaufsache nach dem für die Urteilsfällung massgebenden Zeitpunkt stattgefunden hat (83), sondern diese Theorie führt u.U. auch zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Härte gegenüber dem Kläger. Gesetzt den Fall, dem Kläger sei in erster Linie an der Bezahlung des Kaufpreises, in zweiter an der Rückgabe des Kaufgegenstands und erst in dritter an der Herausgabe der möglicherweise geringern Bereicherung gelegen. Verlangt nun der Kläger den Kaufpreis, vernimmt er aber in der Zwischenzeit, dass der Beklagte den Kaufgegenstand bereits verschenkt haben will, so wird ihm das risikofreie Bestreiten dieser Behauptung genommen. Denn dem Kläger verbleiben nur zwei Möglichkeiten. Entweder er macht sich den Standpunkt des Beklagten zu eigen (woran ihm, wie vorausgesetzt, nicht gelegen ist) und erhält bei Herausstellen der Ungültigkeit des Kaufvertrags allenfalls die Bereicherung, oder er beharrt auf dem Standpunkt, dass die Kaufsache noch rückerstattbar ist. Diesfalls hat er aber in Kauf zu nehmen, dass sich

81) Vgl. vorn § 7 III B 2 b dd (bei Anm. 115).

82) StG 284ff.; ders., SJZ 74, 219f. - Im Anschluss an Schwab (StG 153f., 158ff., 161ff.) nimmt Habscheid allerdings an, von der Rechtskraft werde nur jener Tatsachenstoff erfasst, der dem Gericht tatsächlich vorgelegen habe (StG 289). Am Vorbringen weiterer, zum selben Lebenssachverhalt gehörender Tatsachen sei der Kläger aber durch die (rechtskraftfremde) Präklusion gehindert (StG 291ff., 295ff.). Dass eine solche Konstruktion aber überflüssig ist, weil sich der Ausschluss aller zum selben Streitgegenstand gehörender Tatsachen schon daraus ergibt, dass das Gericht über den Streitgegenstand entscheidet, mithin also eine Folge der Rechtskraft ist, haben Nikisch (AcP 156, 76f.) und Henckel (Parteilehre 302f.) überzeugend dargelegt.

83) Vgl. StG 286. Vgl. dazu auch (kritisch) Bülow, DNotZ 1957, 108.

im Prozess um die Herausgabe der Kaufsache ergibt, dass diese nicht mehr zurückgegeben werden kann, was zur Folge hätte, dass die Bereicherung überhaupt nicht mehr herausverlangt werden könnte. Das Ungenügen dieses Ergebnisses braucht wohl keiner Betonung.

2. F e s t s t e l l u n g s k l a g e : Entgegen der herrschenden Lehre (84) ist der Kläger nach der hier vertretenen Ansicht nicht gehindert, nach Abweisung seiner Eigentumsfeststellungsklage am Gegenstand X. eine zweite Klage gleichen Inhalts anzustrengen, die auf einem andern Erwerbsgrund beruht (85). Zu welch stossenden Resultaten die gegenteilige Auffassung führen kann, wurde an anderer Stelle (86) gezeigt. Einer nähern Prüfung hält aber auch der gegen die hier verfochtene Ansicht wiederholt ins Feld geführte Einwand nicht stand, diese Lösung führe dazu, dass der Beklagte (B) das Bestehen der beschiedenen Rechtsfolge nachträglich dadurch in Frage stellen könne, dass er einen auf einem andern Klagegrund fussenden Prozess anstrengt (87). Nimmt man beispielsweise an, das Eigentum des Klägers (K) am Gegenstand X. sei festgestellt, weil er diesen Gegenstand geschenkt erhalten habe, so ist darüber - innerhalb der subjektiven und zeitlichen Grenzen der Rechtskraft - definitiv entschieden. Selbst wenn man davon ausginge, B hätte ein Interesse daran, festgestellt zu haben, dass K nicht Eigentümer aufgrund einer Erbschaft (anderer Klagegrund) sei, vermöchte die Gutheissung dieser (negativen) Feststellungsklage das Eigentum des K nicht zu beeinträchtigen. Denn

84) Vgl. die Angaben unter § 8 Anm. 1.

85) Siehe dazu vorn § 8 II A. Dies gilt auch dann, wenn sich dieser Erwerbsgrund vor dem ersten Verfahren verwirklicht hat. Hat dieser Erwerbsgrund erst nach dem ersten Verfahren stattgefunden, so ist ein zweites Verfahren auch nach der h.M. nicht ausgeschlossen, da insoweit die zeitliche Begrenzung der Rechtskraft spielt.

86) § 8 II A (bei Anm. 13).

87) So z.B. Hägi 238.

die Aussage, K ist nicht Eigentümer aufgrund einer Erbschaft, widerspricht in keiner Weise der Feststellung des Erstprozesses, dass K Eigentümer des Gegenstandes X. sei, weil er diesen geschenkt erhalten habe. In Zweifel gezogen werden könnte das (festgestellte) Eigentum von K nur, wenn es B gestattet wäre, seine negative Feststellungsklage damit zu begründen, K habe die Sache X. nicht geschenkt erhalten. Dem steht jedoch die materielle Rechtskraft entgegen, weil damit das mit dem ersten Urteil in unvereinbarem Widerspruch Stehende (sog. "kontradiktorisches Gegenteil") (88) begehrt würde.

Entsprechend verhält es sich dann, wenn das Bestehen eines Vertragsverhältnisses festgestellt ist. Auch hier ist der Bestand dadurch gesichert, dass eine negative Feststellungsklage, die mit neuen, bislang nicht vorgebrachten Ungültigkeitsgründen belegt wird, an der materiellen Rechtskraft scheitert (89) (90).

3. G e s t a l t u n g s k l a g e : Innerhalb der Gestaltungsklagen ist vor allem der Rechtskraftumfang der (abgewiesenen) Scheidungsklage umstritten. Unsere diesbezüglichen Ausführungen ergaben folgendes (91): Grundsätzlich (92) entspricht jeder gesetzliche Gestaltungsgrund einem eigenen Klagegrund. Daher steht die Rechtskraft einer Scheidungsklage nicht entgegen, die mit einem ehebrecherischen Verhältnis

88) Zum Begriff: Rosenberg/Schwab, § 155 II (S. 876); Blomeyer, ZPR § 89 V 3 (S. 459f.); Rimmelpacher, mat. Anspruch 180ff. - An der Rechtskraft scheitert auch die (pos.) Feststellungsklage von B, dass er Eigentümer sei (= Fall eines sog. "unechten" kontradiktorischen Gegenteils; Rimmelpacher, a.a.O.; Blomeyer, a.a.O.).

89) Vgl. dazu vorn § 8 II B.

90) Nicht aufgrund des Streitgegenstandsbegriffs (so aber Thorens, l'objet du litige 45), sondern nur unter Einbeziehung der zeitlichen Grenzen der Rechtskraft ist die Frage zu entscheiden, ob ein nachträglich entdeckter Willensmangel zu einer Neubeurteilung führen kann. Vgl. dazu überzeugend Kummer, Klagerecht 78ff.

91) Vgl. § 9 II B 3.

92) Zu den Ausnahmen § 9 II B 3 c.

(Art. 137 ZGB) begründet wird, wenn eine erste, auf Art. 140 ZGB (böswilliges Verlassen) gestützte Klage abgewiesen worden ist (93). Ausgeschlossen ist dagegen eine zweite, auf dem nämlichen Klagegrund beruhende Klage (94). Praktisch wirkt sich dies vor allem bei einer Wiederholung einer auf Art. 142 ZGB gründenden Scheidungsklage aus, indem hier ein zweiter Prozess an der materiellen Rechtskraft scheitert, der auf Tatsachen beruht, welche die "tiefe Zerrüttung" beschlagen, im Zeitpunkt des Erstprozesses bestanden, aber dort nicht geltend gemacht worden sind (95).

Diese Auffassung widerspricht der wohl herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach eine zweite Klage nicht ausgeschlossen ist, "wenn im neuen Prozess erhebliche Tatsachen vorgebracht werden, die zwar schon vor dem frühern Urteil eingetreten, aber im frühern Prozess aus irgendeinem Grunde (z.B. zwecks Schonung des Gegners) nicht vorgebracht und daher auch nicht beurteilt worden waren" (96). Gerechtfertigt wird dies mit der dadurch ermöglichten Schonung der Gegenpartei vor "unnötig scharfen Auseinandersetzungen", die eine allfällige Aussicht auf Versöhnung zum vorneherein schwer beeinträchtigen könnten (97).

-
- 93) Dem Grundsatz nach entspricht dies der einhelligen Ansicht. Vgl. Guldener, SJZ 46, 17ff.; ders., ZPR 384; Bürkli 25ff.; Kummer, Klagerecht 96ff.; Bühler, ZSR 74 II 430aff.; Hinderling 226ff.; Probst 31ff.; BGE 88 I 166, 85 II 59/60, 78 II 403f.
- 94) Vgl. dazu eingehend vorn § 9 II B 3. - Wegen der zeitlichen Begrenzung der Rechtskraft ist eine zweite Klage nicht ausgeschlossen, die auf Tatsachen fusst, welche sich erst nach dem für die Urteilsfällung massgebenden Zeitpunkt ereignet haben. Diesfalls sind dann u.U. auch die bereits beurteilten Tatsachen zu berücksichtigen. Vgl. Hinderling 227f.; Kummer, Prozessrecht 145.
- 95) So schon früher Kummer, Klagerecht 98; Leuch, Komm. ZPO N 11 d zu Art. 192 (S. 215).
- 96) BGE 78 II 403; bestätigt in BGE 85 II 59, 88 I 166; vgl. auch BGE 95 II 640. Ebenso Bürkli 25f., 37; Guldener, SJZ 46, 17; ders., ZPR 384; Bühler, ZSR 74 II 431; ders., Berner Kommentar, Die Ehescheidung (Art. 137-144 ZGB), N 117 der Einl.; Probst 33; Keller 199; Poudret/Wurzburger 270 (zu Art. 475).
- 97) Vgl. BGE 78 II 404.

Diesem sicherlich berechtigten Postulat ist hier insofern Rechnung getragen, als es der klagenden Partei auch nach der hier befolgten Theorie unbenommen bleibt, die "diskriminierenden" besondern Scheidungsgründe ausserhalb des Streits zu lassen, indem sie sich nur auf Tatsachen beruft, die lediglich eine Subsumtion unter den allgemeinen Scheidungsgrund (Art. 142 ZGB) zulassen.

Innerhalb des allgemeinen Scheidungsgrunds verhält es sich aber - wie Kummer (98) überzeugend gezeigt hat - gänzlich anders. So steht regelmässig eine Vielzahl einzelner Vorwürfe und Sachbehauptungen zur Beurteilung, die nur in ihrer Gesamtheit gewürdigt werden können. Schon aus praktischen Gründen scheint daher der Versuch Guldners (99), die einzelnen Umstände in verschiedene "Lebensvorgänge" zu zerlegen, die je gesondert die "tiefe Zerrüttung" begründen, kaum möglich. Mit Fug darf aber auch bezweifelt werden, dass das Zurückbehalten einzelner Behauptungen unter der Drohung, sie in einem allenfalls nötig werdenden zweiten Prozess vorzubringen, einer möglichen Versöhnung förderlicher ist als eine offene Aussprache. Schliesslich lässt sich aber auch die Begrenzung des Rechtskraftumfangs nur auf Kosten der Rechtssicherheit und der - wohl ebenso berechtigten - Interessen der beklagten Partei an einem nicht nochmaligen Verfahren erzielen (100). Auch für die klagende Partei ergeben sich nach der hier vertretenen Auffassung keine Härten, da sie-im Gegensatz zur abgelehnten Meinung (101)-den Rechtskraftumfang zum voraus genau kennt.

98) Klagerecht 98 Anm. 3.

99) SJZ 46, 17ff.

100) So auch Hinderling 229, vgl. aber auch Supplement 89 (zu Buch S. 229 und 230).

101) Danach ist es dem richterlichen Ermessen (Art. 4 ZGB) anheimgestellt, darüber zu befinden, ob das neue Vorbringen eine (gewisse) Erheblichkeit aufweist und somit zu neuer Klage berechtigt, oder ob es sich dabei lediglich um eine "Ergänzung" handelt und eine zweite Klage daher an der Rechtskraft scheitert. Vgl. Bühler, Berner Kommentar, Die Ehescheidung (Art. 137-144 ZGB), N 119 der Einl.

4. Ist eine Feststellungsklage aus sachlichen

Gründen abgewiesen, so ist das Erheben einer entsprechenden Leistungsklage nicht ausgeschlossen, da sich die Streitgegenstände der unterschiedlichen Rechtsschutzformen wegen unterscheiden. Die Leistungsklage muss aber abgewiesen werden, da das den Leistungsanspruch verneinende Feststellungsurteil präjudiziell wirkt (102). Wegen der "Teilidentität" zwischen Leistungs- und Feststellungsklage (103) scheitert dagegen die nach Abweisung der Leistungsklage angestrebte Feststellungsklage an der materiellen Rechtskraft.

Diese Beispiele dürften gezeigt haben, dass die hier vorgenommene Streitgegenstandsabgrenzung auch bei der Rechtskraft zu befriedigenden und sachgerechten Ergebnissen führt.

102) Im Ergebnis ebenso Habscheid, StG 285.

103) Vgl. dazu vorn § 14 III B.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 26. Juni 1949 in Dietikon geboren. Hier besuchte ich auch die Primarschule. Im Herbst 1962 trat ich ins Kollegium St. Fidelis in Stans ein, das ich 1970 mit der Matura Typus A verliess. Anschliessend immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich; im November 1974 erfolgte die Promotion zum Lizentiaten beider Rechte.

1975 und 1976 war ich als Auditor und Substitut am Bezirksgericht Horgen tätig. Im April 1977 bestand ich das Zürcherische Anwaltsexamen.

Im Mai 1981 wurde ich zum Doktor promoviert.

